

الخامسة الموجودة

القطعة الخامسة من الكفاية
عدد ٢٣٢

الجزء الخامس من الكفاية شرح التنبيه

قد وقف هذه النسخة الجليلة سلطاننا الأعظم والخاقان المعظم مالك البرين والبحرين
السلطان ابن السلطان السلطان الغازي
خادم الحرمين الشريفين السلطان
محمود خان وقفا صحيحا شرعيا لمن طالع واستفاد وتعلم وأفاد
حرره الفقير
أحمد شيخ زاده المفتش بأوقاف
الحرمين الشريفين عفي عنهما

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر واعن [illegible] بالخير

باب حد السرقة

السرقة بفتح السين وكسر الراء
اخذ مال الغير على سبيل الخفية واخراجه من حرزه ويجوز اسكان
الراء مع فتح السين وكسرها ويقال ايضا السرق بكسر الراء وهي
ماخوذة من المسارقة ويقال سرق منه مالا وسرقه مالا والسرقة
بفتح السين والراء وسكونها والاصل في القطع في الجملة قوله تعالى
والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وقوله عليه السلام وايم الله لو
ان فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها اخرجه البخاري ومسلم
وغيرهما والامة مجمعة عليه **قال** اذا سرق بالغ عاقل مختار وهو مسلم
او ذمي او مرتد نصابا من المال من حرز مثله لا شبهة له فيه وجب عليه
القطع لعموم الاية فانها متناولة لكل سارق واستثني منها الصبي
والمجنون والمكره للحديث المشهور والحربي لعدم التزامه احكام
الاسلام وفي معناه المعاهد على احد الاقوال المذكورة في باب عقد الهدنة
واعتبار النصاب سياتي الدليل عليه وقد تقدم في باب عقد الذمة
خلاف في وجوب القطع على الذمي وفي تعليق القاضي الحسين اشارة الى حكاية
وجه ان المسلم لا يقطع بسرقة مال الذمي حيث قال ويجب على المسلم
بسرقة مال الذمي على الصحيح من المذهب وحكى فيما اذا سرق المسلم مال المعاهد
في وجوب القطع قولين بناء على القولين في وجوب القطع على المعاهد
بسرقة مال المسلم فان قلنا يقطع قطع والا فلا **قال** فان سرق ما دون
النصاب لم يقطع لما روى مسلم عن عائشة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لا تقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا وروى البخاري عنها
قالت لم تكن يد السارق تقطع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ادنى من ثمن
المجن ترس او حجفة وكان كل منهما ذا ثمن زاد ابو حنيفة اي سنة في

تقطع في

مسلم

مسلم عنها وان يد السارق لم تكن تقطع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم
في الشيء التافه وروى النسائي عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تقطع يد السارق فيما دون المجن قيل لعائشة ما ثمن المجن
قالت ربع دينار وعن ابي عبد الرحمن محمد بنت الشافعي انه يقطع
فيما دون النصاب لعموم الاية فانه علق القطع باسم السرقة وقد
روى مسلم عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعن الله السارق يسرق
البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده وفي اخرى ان سرق حبلا او
سرق بيضة والصحيح الاول والاية فقد اختلف اصحابنا في انها من
العام الذي خص او من المجمل الذي بين لما ذكرناه على وجهين واما الخبر
فقال البخاري قال الاعمش كانوا يرون انه بيض الحديد والحبل كانوا يرون
انه منها ما يساوي دراهم وقال الامام الوجه حمله على جنس البيض
ومثل ذلك الامتناع في فصل التعليل **فرع** لو ذبح شاة في الحرز وقيمتها
دون النصاب فصارت قيمتها لاجل الذبح نصابا واخرجها وقيمتها
كذلك قال الماوردي في قطعه وجهان يحتملان [illegible] وجه المنع ان الزيادة
حدثت بالذبح ولم تستقر [illegible] قال وهكذا لو اخذ لحما
فطبخه او دقيقا فخبزه او دبسا فعصده او حليب [illegible] وقلنا
لو كان مسروقا بلغ القطع **قال** والنصاب ربع دينار لما ذكرناه او ما
قيمته ربع دينار لما روى مسلم عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع
سارقا في مجن قيمته ثلاثة دراهم وروى ابو داود عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم
قطع يد رجل سرق ترسا من صفة النساء ثمنه ثلاثة دراهم
وثلاثة دراهم قيمة ربع دينار في ذلك الوقت وفي الشامل حكاية وجه
فيما اذا سرق من التراب ما قيمته نصاب انه لا يقطع لانه يوجد
مباحا عام الوجود ولا تدعو النفس الى سرقته [illegible]

حكايه وجه مثله فيما اذا سرق قشر الرمان وما اشبهه مما
يستهان مثله في العاده قاله في الروابل وحكاه المصنف
وغيره في الماء اذا قلنا انه يملك والصحيح الاول ثم ما المراد
بالدينار هل هو المثقال المسكوك او المثقال كان حتى لو سرق
قطعة ذهب وزنها ربع مثقال قطع فيه وجهان احدهما انه
المسكوك وهو المتبادر الى الفهم عند الاطلاق ولا يقطع من سرق
سبيكة وزنها ربع مثقال ولا تبلغ قيمتها قيمة ربع مثقال مسكوك وهذا
ما اورده ابو الحسن العبادي ويحكى عن الاصطخري وابن ابي هريرة والطبري
وهو الاظهر عند الامام والثاني انه المثقال ولا ينظر الى كونه مسكوكا
كما في الزكاة قال الرافعي ولم يرجحه قبل ذلك ورجحه جماعة منهم البغوي
وقال في البيان انه المذهب وفي الحاوي انه ظاهر المذهب وفي
تعليق القاضي ابي الطيب والمهذب والكافي انه الذي عليه اكثر
اصحابنا وعلى هذا اذا سرق قطعة ذهب مصوغة ينقص وزنها عن
ربع دينار ويبلغ دينارا لا قطع وعلى الاول يقطع وحكى القاضي الحسين
الوجهين فيما اذا سرق ربع مثقال من القراضة اذا لم تبلغ قيمته ربع
مثقال مسكوك ولا خلاف انه اذا سرق ثوبا ونحوه فانما يقوم بالذهب
المسكوك قاله الامام ولا فرق فيما ذكرناه بين ان يظن السارق ان
قيمة المسروق يبلغ ذلك او لا كما اذا سرق شيئا ظنه فلوسا لا تبلغ
قيمتها ربع دينار فكانت دنانير او شيئا ظنه دنانير فكانت فلوسا
يبلغ قيمتها ربع دينار ولو لم يبلغ ذلك فلا قطع نعم لو سرق جبة
خسيسة تنقص قيمتها عن ربع دينار وكان في جيبها دنانير او ما
يبلغ به قيمتها نصابا ولم يشعر بالحال ففي وجوب القطع وجهان
اظهرهما في تعليق القاضي الحسين وغيره الوجوب ايضا ووجه مقابله

انه

انه لم يقصد سرقة نصاب ويخالف ما اذا سرق دنانير ظنها فلوسا
فانه قصد سرقة عينها **فرع** اذا كان في البلد نقدان من الذهب
كلاهما خالص واحدهما اعلا من الاخر انقص اعتبر القيمة بالاغلب
من دنانير البلد في زمان السرقة فان استويا قبايلهما يقوم
فيه وجهان في الحاوي احدهما بالادنى اعتبارا بعموم الظاهر
والثاني بالاعلى درءا للحد بالشبهة **تنبيه** في قول الشيخ ما
قيمته ربع دينار ما يعرفك انه اذا سرق كلبا او خنزيرا او خمرا او
جلد ميتة لم يدبغ لا قطع عليه لان هذه الاشياء لا قيمة لها وقد
صرح بذلك الاصحاب **قال** وان سرق ما يساوي نصابا ثم نقصت قيمته
بعد ذلك لم يسقط القطع لان هلاك العين بجملتها بعد وجوب
القطع لا يسقطه فنقصان القيمة اولى ولانه نقص حدث بعد وجوب
القطع فلم يسقطه كما لو استعمله السارق فنقصت قيمته ولو انعكس
الحال فسرق ما قيمته دون النصاب ثم زادت قيمته حتى بلغت نصابا
فلا قطع وان كانت العين باقية قاله البندنيجي وابو الطيب وغيرهما
قال وان سرق طنبورا اي بضم الطاء او مزمارا يساوي مفصله
نصابا اي لكونه يصلح لمنفعة مباحة لانه مال يقوم على هيئته فقطع
سارقه كما لو سرقه مفصلا وقيمته نصابا وهذا ما اختاره الشيخ
ابو حامد وجزم به القاضي ابو الطيب وقال الرافعي انه مال اليه
الاكثرون ومنهم العراقيون والروياني وقيل لا يقطع فيه لحال ان
التوصل الى ازالة المعصية مندوب اليه فصار شبهة في درء القطع
قال الامام وان الحرز لا يتحقق في مثل هذه الالة فانه يجوز
الهجوم على الدور لاجلها وهذا ما اختاره ابن ابي هريرة كما قاله الماوردي
وهو الاظهر عند ابي الفرج الزاز وهذا الامام ثم قال [illegible] [illegible]

الوجهان

أن يقال إن قصد السرقة ففيه القولان وإن قصد بإخراجها
أن يشتهر تغييرها وإفسادها فيقطع بأنه لا قطع قال الرافعي
وهذا هو قضية كلام الأصحاب وليجعل بيانا لما أرسلوه لا احتمالا
خارجا عن المنقول قال الإمام وما ذكرناه من الخلاف يجري فيما
دل ما تسليط الشرع على كسره كالأصنام ولو كسر ما أخذ في الحرز
ثم أخرجه وهو يبلغ نصابا فالأصل قطع فالطعون بوجوب القطع
ومنهم صاحب الكافي وفي المهذب ما يقتضي إثبات خلاف فيه فإنه حكى
ثلاثة أوجه في الملاهي بالتفاوت قال ابن أبي هريرة إن أخرجه بعد التفصيل
والتغيير قطع وإلا فلا قطع وقد حكى الأوجه الثلاثة الماوردي في
أثناء باب السرقة عن رواية ابن أبي هريرة وصرح بأنه لا قطع على وجه منها
سواء أخرجه مفصلا أو غير مفصل وادعى أن ظاهر المذهب مقابله ولو كان
عليها ذهب أو فضة يبلغ نصابا قطع قال الماوردي لأن الذهب والفضة
زينة الملاهي فصار مقصودا وصار هذا كما إذا سرق إناء ذهب أو فضة
فإنه يقطع وما ذكره في حلية الملاهي بالذهب أو الفضة هو وجه حكاه
الرافعي مع وجه آخر أنه لا قطع فيه وما ذكره في آنية الذهب والفضة
هو المذكور في المهذب والشامل والتهذيب والكافي قال الرافعي
والوجه ما ذكره في البيان أن يبنى على أنه يجوز اتخاذها أم لا إن قلنا
يجوز فيجب القطع بسرقتها وإلا فهي كآلة الملاهي وهذا ما أورده الإمام
لكنه رأى نفي القطع بعيدا ولو كان الإناء محترما لأن فيه خمر ففي القطع
وجهان في الحاوي وغيره أحدهما لا يجب لشبهة إراقة الخمر منه والثاني
ويعزى إلى النص الوجوب كما لو سرق إناء فيه بول كذا قاله في المهذب
والتهذيب وقضيته أنه إذا سرق إناء البول يقطع جزما وقد صرح به
الماوردي وفرق بأن استبقاء البول في الإناء لا يجوز بخلاف الخمر وعن البيان

حكاية

حكاية الوجهين فيه أيضا واعلم أن ما ذكرناه من القطع فيما
قيمته ربع دينار محله بالاتفاق فيما إذا قطع أهل الخبرة الذين
لا يترددون في قولهم بأن القيمة كذلك فلو قطعوا القيمة بالاجتهاد
قال الإمام فهل يوجد للأصحاب أن القطع يجب والذي أراه أن
القطع يجب أنه لا يجب ما لم يقطعوا بأن القيمة لا تنقص عن هذا ولو
قطع بذلك معدودون لا يبعد الزلل عليهم وللإمام فيه احتمال
قال وإن اشترك اثنان في سرقة نصاب أي لا غير لم يقطع واحد
منهما أي خلافا لأبي ثور لأن كل واحد منهما لم يسرق إلا نصفه فلم
يقطع لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع على السارق إلا في ربع دينار
فصاعدا وإن كل واحد منهما لم يسرق ربع دينار فلم يجب عليه القطع
كما في حالة الانفراد وليس كالشركة في القتل حيث يجب القصاص
عليهما لأن المقصود منه وقاية الروح والعضو فلو لم يشرع في حالة
الاشتراك لأدى إلى التواطئ وفوات المقصود ولا كذلك السرقة فإن
المقصود منها الاستكثار من المال والتواطئ كذلك لا يحصله قال وإن
اشترك في النقب فأخذ أحدهما نصابين ولم يأخذ الآخر شيئا قطع الآخذ
لسرقته نصابا وحده لأن الآخر لم يأخذ المال قال ولم يكن سارقا ومن
سرق من غير حرز لم يقطع لما روى أبو داود عن ابن عجلان عن عمرو بن شعيب
عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
أنه سئل عن الثمر المعلق فقال ما أصاب بفيه من ذي حاجة غير
متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله
والعقوبة ومن سرق شيئا منه بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن
المجن فعليه القطع قال الترمذي وهو حديث حسن وقد خرجه
النسائي وقال في حديث عن هشام بن سعد عن عمرو بهذا الإسناد

ولبس في شيء من الماشية قطع الا اذا اواه المراح فبلغ ثمن المجن
ففيه قطع اليد وما لم يبلغ ثمن المجن غرامة مثليه وجلدات نكال
وجه الدليل انه صلى الله عليه وسلم فرق بين ما اواه الجرين وبين ما لم يؤوه
وليس بين الحالين فرق الا اعتبار الحرز ولان الاصل عدم القطع
فمن ادعى وجوبه في هذه الحالة فعليه البيان وابدا الاحكام معنى
اعتبار الحرز وهو ان السارق ياخذ المال في خفية باختزال
واحتيال لا اعتمادا على الشوكة والقوة فحكم بالقطع زجرا
كيلا يضيع المال على المالك وذلك اذا احتاط المالك بصيانة المال
فان السارق حينئذ يكون على خطر من ان يطلع عليه ويعظم جنايته
اذا اختزل منتهزا للفرصة اما اذا ضيع المالك المال فقد جرا
السارق ومكنه من اخذه بلا خطر فلا تعظم جنايته والخبنة في الحديث
معطف الازار وطرف الثوب والسراويل اي لا ياخذ في ثوبه والجرين
موضع تجفيف الثمار وهو له كالبيدر للحنطة قال ويختلف الاحراز
باختلاف الاموال لانه صلى الله عليه وسلم فرق بينهما في الحديثين السابقين
وعدل السلطان وجوره وقوته وضعفه وانما كان كذلك لان الحرز
ليس له في الشرع امر مضبوط ولا في اللغة فرجع فيه الى العرف كما في
القبض في البيع والتفرق فيه والاحيا لما لم يرد فيها توقيف رجعنا
في جميعها الى المعتاد بين الناس والعرف بين الناس يختلف بما ذكره
فكان المرجع اليه قال الماوردي واذا كان هذا مناطه فقد يكون الشيء
حرزا في وقت وليس حرزا في وقت لان الزمان لا يبقى على حال وربما
انتقل من صلاح الى فساد ومن فساد الى صلاح وقد ضرب الاصحاب
لما اجملوه ومهدوه فيما ذكروه امثلة يتسهل بها تناول الاحكام
فقالوا الاصطبل حرز للدواب على نفاستها وهو قيمتها وليس

حرزا

حرزا للثياب والنقود لان اخراج الدواب مما يظهر ويبعد
الاجتراء عليه بخلاف ما يخف ويسهل حمله واخراجه والصفة
في الدار وعرصتها حرز للاواني وثياب البذلة دون الحلي والنقود
لان العادة فيها الاحراز في المخازن وكذلك الثياب النفيسة تحرز
في الدور وفي بيوت الخانات والاسواق المنيعة قال الماوردي وسوق
الوثيق يكون حرزا للصيدلة لان ابوابها في العرف اضعف وحوانيت
الصيدلة لا تكون حرزا للعطر ولا للبز لان احراز البز اغلظ وما كان
حرزا لمال فهو حرز لما دونه وامتعة العطارين والبقالين والصيادلة
اذا تركها صاحب الحانوت على باب الحانوت ونام فيه او غاب عنه فان
ضم بعضها الى البعض وربطها بحبل او علق عليها شبكة او وضع
لوحين على وجه الحانوت مخالفين فذلك احراز بالنهار ولو تركها
متفرقة فلم يفعل شيئا مما ذكرناه لم تكن محرزة واما بالليل فلا تكون محرزة
الا بحارس واعتبر الماوردي مع الحارس وربط بعضها الى البعض ان تكون
في سوق يغلق دروبها او في قرية يقل اهلها فان كان في بلد واسع ولم يكن
عليه دروب لم يكن حرزا وهذا اعتبار يكون الوقت سالما عن كثرة الفساد
فان كثرت فتنه او انتشر فساد لم يكن حرزا وفي التهذيب ان متاع البقال
في الحانوت بالليل محرز في وقت الامن اذا كان الباب مغلقا وفي غير وقت
الامن لا بد من حارس وقال الروياني البقل والفجل قد يضم بعضه الى البعض
ويطرح عليه حصير ويترك على باب الحانوت وفي السوق هناك حارس
ينام ساعة ويدور ساعة فيكون محرزا وقد يزين العامي حانوته ايام
العيد بالامتعة النفيسة ويعسر نقلها فيتركها ويطرح عليها نطع وينصب
حارسا فيكفي ذلك احرازا لها وفي سائر الايام لان اهل السوق يعتادون
ذلك فيقوى بعضهم ببعض ويترك الثياب على باب حانوت القصار والصباغ

ر كامتعه العطارين والبقالين قاله الرافعي قال الشافعي والحنطه
حرزها ان يجعل في الغرائر في موضع البيع ويكون بعضها الى بعض
وان لم تخلو دونها باب قال بعض الاصحاب ومن قال هذا حرزها في جميع
البلاد ومنهم من خص ذلك بغير العراق وقال حرزها في العراق
ان يكون في البيوت والمساطيح وعليها الاغلاق قاله ابو الطيب
والمصنف وغيرهما وفي الحاوي اعتبار ما ذكرناه عنه فيها قال
الروياني ورايت في بلادنا صبر الارز تترك في موضع البيع وتغطى
بالالبسة والمسوح وهي محرزه ولو كانت الحنطه في مطامير المفازه
فليست بمحرزه وكذا التبن في المتبنه والثلج في المثلجه والجمد في المجمده
في الصحراء لا يكون محرزا الا بحارس وكذا الزرع قصيلا ومثله
الحب والقطن قبل خروج جوزه وبعده والبذر المستتر بالتراب لا
يكون محرزا الا بحارس وعن جمع الجوامع ان الزرع في المزارع محرز وان لم
يكن حارس وعن تعليق الشيخ ابراهيم المروروذي ان الزرع اذا كان
قصيلا لا يحتاج الى الحارس لانه لا يحفظ مثله في العاده قال الرافعي
وهذا يجري في البذر وفي الحاوي وتعليق القاضي ابي الطيب وغيرهما
حكايه وجه انه لا قطع في البذر اصلا لما سنذكره ولو كانت هذه الاشيا
في محوط فهي كالثمار في البساتين والثمار على الاشجار ان كانت في البريه لا
تكون محرزه الا بالحارس وفي الكروم والبساتين المحوطه كذلك ان
كانت بعيده عن الطرق والمساكن وان كانت متصله بدار الجيران
يراقبون في العاده فهي محرزه والا احتيج الى الحارس والاشجار
في افنيه الدور محرزه وفي البريه يحتاج الى الحارس والحطب قال
السرخسي قال الامام فحرزه ان يترك بعضه على بعض ويربط اعلاه
بحبل بحيث لا يمكن ان يسل احد منه شيئا ومن الاصحاب من قال لا

يصير

يصير محرزا في الليل الا بان يسرح عليه او يجعل دونه باب قال الشيخ
ابو حامد كما نقله ابن الصباغ وهذا ليس بشي والجذوع الكبار
حرزها ان يكون مطروحه على الابواب وسنذكر اسبابا بل الخان
صورا اخر ان شا الله تعالى قال فان سرق الثياب والجواهر دونها
اقفال في العمران وجب القطع لان ذلك حرز مثله في العرف وسوا كان
في البيت حافظ او لم يكن وفي معنى ذلك الذهب والفضه والطيب وهذا
في النهار في حال الامن ولا فرق فيه بين الحانوت والمنزل واما في الليل
فقد اطلق في المهذب انه ان كان فيها احد مع وجود الاقفال قطع وان لم
يكن فيها احد فلا قطع وهكذا الحكم عنده في النهار في حاله الخوف وقال
الماوردي في حوانيت الصيارف والبزازين ان كان ذلك في زمان عدل السلطان
وامن الزمان كانت حرزا لاموالهم من الدراهم والدنانير والبز في الليل
اذا كان بناؤها محكما وابوابها وثيقه واقفالها محكمه ويكون على
اسواقها دروب ويكون فيها حراس وان كان الزمان منتشر الفساد
قليل الامن لم يكن حوانيت الصيارف والبزازين حرزا لذلك وتنقل
بالليل الى منازلهم او خاناتهم اما اذا كان الباب مفتوحا والموضع
في العمران فقد اطلق الرافعي في موضع حكايه عن الاصحاب ان النقدين
والجواهر والثياب لا يكون محرزه الا باغلاق الباب عليها وقال في
موضع اخر قبله ان لم يكن في الموضع احد فليس بحرز وان كان فيه احد
فان كان نايما لم يكن حرزا بالليل وكذا بالنهار في حاله الخوف وفي
حاله الامن وجهان اصحهما الاحراز ولو لم يكن فيها احد وان كان متيقظا
فان لم يتم ملاحظته بان كان يتردد في الدار فتغفله السارق وسرق
ففي حكايه الشيخ ابي علي فيه وجهان ويقال ان القفال جعلهما جوابين
في درسين اشبههما ويحكى عن النص انه لا يجب القطع ولا الجعل مافي

الدار والحالة هذه محرزًا للتقصير باهمال المراقبة مع فتح الباب
ولو كان يبالغ في الملاحظة بحيث يحصل الاحراز بمثله في الصحراء
فلا خلاف في وجوب القطع ولو كانت الاقفال في برية او في طرف
خراب من البلد او في بستان لم يكن ذلك حرزًا عند عدم الملاحظة
وان تناهت حصانة الدار المقفلة وكذا القلعة المحكمة فانها
في هذه الحالة يسهل الوصول الى ما فيها بالنقب والتسلق من غير
حظر وان كان ثم ملاحظة كانت حرزًا ولا يشترط عند حصانة الموضع
والحالة هذه دوام الملاحظة في النهار واما في الليل فان لم يكن
فيها احد فليست محرزًا لما فيها وان كان لكنه نايم فعن البيان
حكاية وجهين عن رواية المسعودي الذي اجاب به منهما الشيخ
ابو حامد ومن تابعه انها حرز قال الرافعي والموافق لما اطلقه الامام
والبغوي خلافه وان كان من فيها مستيقظًا فهي حرز نعم لو كان ممن لا
يبالي به وهو بعيد عن الغوث فهو خايف في نفسه وماله **فرع** الخيمة
والفسطاط اذا ضرب في برية وشدت اطنابها وارسلت اذيالهما
حرزهما وما فيهما من الامتعة ان يكون صاحبهما فيهما سوا كان
مستيقظًا او نايمًا قاله الشيخ وابو الطيب وكذا اذا كان على بابهما
كما نقله القاضي ابو الطيب عن حكاية القاضي ابي حامد في الجامع لان
عادة الناس في احراز امتعتهم في الخيام هكذا وفي الحاوي ان
الحافظ لو كان نايمًا فلا قطع على السارق على الاصح وعلى مقابله هل
يشترط اسبال باب الخيمة فيه وجهان عن رواية ابن كج ورأى الاظهر
انه لا يشترط ولو لم يكن فيها ولا على بابها احد فليست محرزة ولا ما
فيها وفي الرافعي حكاية وجه انها تكون محرزة في نفسها دون ما فيها
وقال الامام والشرط ان يكون بقربها عند غيبة صاحبها فيها وحولها محرزة به

وما فيها

وما فيها من يستوي به فاما اذا كان في مفازة بعيدة عن الغوث
وهو ممن لا يبالي به فلا احراز ولو لم يشد اطناب الخيمة ولم يرسل
اذيالها فهي وما فيها كالمتاع الموضوع في الصحرا ووجهه انه اذا دونه او
ولاه ظهره او ذهل عنه بتشاغل لم يكن محرزًا وان كان مستيقظًا
يلاحظه فتغفله السارق واخذ المال قطع وعن حكاية ابن كج حكاية
وجه انه لا قطع عليه وهل يشترط ان لا يكون في الموضع ازدحام
الطارقين فيه وجهان في مثلهما ومحل كونه محرزًا بالملاحظة اذا
كان الملاحظ بحيث يقدر على المنع لو اطلع على اخذ السارق اما بنفسه
او بالاستغاثة والاستنجاد فلو كان ضعيفًا لا يبالي به السارق والموضع
بعيد عن الغوث فالملاحظ ضايع مع المال وحكم المسجد حكم الصحراء
ولو نام على المتاع او جعله تحت راسه او اتكا عليه او نام والعمامة
على راسه والخاتم في اصبعه والمداس في رجله فهو حرز روى ابو داود
عن صفوان بن امية قال كنت نايمًا في المسجد على خميصة لي ثمن ثلاثين درهمًا
فجا رجل فاختلسها مني فاخذ الرجل فاتي به رسول الله صلى الله عليه وسلم
فامر به ليقطع فاتيته فقلت اتقطعه من اجل ثلاثين درهمًا انا ابيعه
وانسيه ثمنها فقال فهلا كان قبل ان تاتيني به ولو شد الخيمة بالاوتاد
ولم يرسل اذيالها وكان يمكن الدخول فيها من كل جانب فهي محرزة وما
فيها فليس بمحرز قال الرافعي وقد يفهم منه ان الامتعة والاحمال اذا
شد بعضها الى بعض يكون محرزة بعض الاحراز وان لم يكن هناك خيمة
ولو ان السارق نحى النايم في الخيمة او الاغنام وسرق فلا قطع لانه لم
يكن حرزًا حين سرق وهكذا لو رفع السارق النايم عن الثوب اولا ثم
اخذ الثوب او دحرج راس المتوسد او النايم عما توسده وانقلب في
النوم عن الثوب فحلاه فاخذ السارق فلا قطع عليه وان سرق

المتاع من الدكاكين اي في الليل دون السوق حارس او سرق الثياب
من الحمام وهناك حافظ او الجمال من المرعى ومعها راع او السفن الشط
وهي مشدودة او اللحم من العبر رجب القطع هذا الفصل ينظم خمس مسائل
في الحرز العرفي اهل العرف لذلك احرز الماذكرنا الاولى اذا سرق المتاع من
الدكاكين في الليل دون السوق حارس قطع لما ذكرناه وقد اشترط الماوردي
في متاع الصيارفة والبزازين ما ذكرناه من قبل وقال انه لا يشترط ان
يبيت في الحوانيت اربابها لخروجه عن العرف وفي المهذب عدم اشتراط
الحارس في سوق الصيادلة والبقالين عند وجود الامن الظاهر في
ولنشترطه في حالة قلة الامن اما اذا كان في النهار فمجرد اغلاق الحانوت
كاف وكذا فتحه وملاحظة المالك لما فيه من المتاع او جلوسه على
بابه كما قال الماوردي فان انصرف عنه او نام فما فيه غير محرز
وهذا اذا اشتغل الزحمة من على الحانوت فلو وجدت ففي القطع وجهان
جاريان فيما لو كان المتاع مطروحا في الشارع ملاحظا والزحام موجود
قال الامام فلو كان المتاع الذي في الشارع ملحوظا لملاحظة جمع
فيصير عدد اللاحظين في معارضة عدد الطارقين كالحافظ في الصحراء
في معارضة طارق واحد ويشترط ان يكون الملاحظ بحيث يقدر على المنع
كما تقدم واعتبر الماوردي فيما اذا كان المتاع في افنية الاسواق في
وطرقاتها في الحرز ثلاثة شروط ان يكون بين يديه فان كان وراءه فليس
بمحرز وان يرى جميعه فان لم ير منه شيئا فليس ما لم يره بمحرز وان
يكون مجتمعا لا مفترقا يمنع مارة الطريق فان تفرق لم يكن ما حال
المارة بينه وبينه محرزا والثانية اذا سرق الثياب من الحمام
وهناك حافظ قطع لما ذكرناه والمراد بالحافظ من استحفظه صاحب
الثياب المسروقة سواء كان حافظ الحمام او غيره فلو نزع ثيابه والحمامي

او الحارس

او الحارس حاضر ولم يسلمها اليه ولا استحفظه اياها بل
دخل على العادة فسرقت فلا قطع ولا ضمان على الحمامي والحارس على
اي وجه سرقت قاله السنجي والبغوي وغيرهما وفي فتاوى القاضي
انه يضمن للعادة قال موافقها وهو اصح لهم في قول الشيخ وهناك حافظ
ما نعرف ان شرطه ان يكون مستيقظا مراقبا لانه اذا نام
او اعرض فليس بحافظ حقيقة وبه صرح الاصحاب لكنه في هذه الحالة
اذا كان قد استحفظ فسرقت الثياب ضمنها وان لم يقطع السارق وقد
اعتبر القاضي الحسين وصاحب الكافي والرافعي في وجوب القطع ان يكون
قد دخل ليسرق لا لغرض اخر فان كان الحمامي قد اذن للناس في الدخول
فدخل الحمام واغتسل وسرق عند خروجه فلا قطع قال القاضي كما لو　　منه ٣
اذن للناس في دخول حانوته فدخل انسان وسرق منه لا قطع عليه وان
قال يلزم القطع اذا دخل مشتريا ومع هذا اذا دخل سارقا وحكى قبل　　فيجي (?)
ذلك فيما اذا فتح صاحب الدار بابها واذن للناس في الدخول عليه لشراء
متاعه كما يفعله الذي يخبز في داره وجهين في وجوب القطع من غير تفصيل
ووجه المنع بان الزحمة قد تشغل الحس وفي الحاوي حكاية وجهين في انه هل
يعتبر في القطع خروجه من الحمام او لا يعتبر كما لا يعتبر خروج السارق من المسجد
اذا سرق منه والاول هو الذي اجاب به الغزالي في الفتاوي الثالثة
اذا سرق الجمال من المرعى ومعها راع اي ينظر الى جميعها ويبلغها صوته كما
قاله في المهذب والحاوي وغيرهما قطع لما ذكرناه واطلق القاضي ابو الطيب
والسنجي وابن الصباغ القول بانه اذا كان الراعي ينظر الى جميعها
قطع السارق وسكتوا هم وغيرهم عن بلوغ الصوت وكانهم اكتفوا　　اعتبار ٣
بالنظر اعتمادا على انه اذا قصد ما يراه امكنه ان يعدو اليه فيدفعه
ولو لم ير بعضها لكونه في وهدة او خلف جبل او حائط او شجر فلا قطع

على السارق وكذا لو نام او تشاغل ولو بعد بعضها بحيث لا يبلغها
صوته فلا قطع عند المصنف والماوردي على من سرقه واعتبر
الماوردي وقد اما ههنا عنه في القطع ان يكون الجمال على مراح
ومسرح واحد لا تختلف بها مسرح ولا ماء وان لا تبعد ما بين اولها
واخرها حتى لا يخرج عن العرف في المسرح والحكم في الخيل والبغال والحمير
اذا كانت ترعى على ما ذكرناه وكذا الغنم اذا كان الراعي على نشز من
الارض يراها جميعها فهي محرزه وان كانت متفرقه اذا بلغها صوته
قاله الرافعي وغيره اما اذا لم تكن الابل ترعى فان كانت باركه قال القاضي
ابو الطيب محرزها بشيئين احدهما ان يكون معقله والثاني ان يكون
صاحبها معها مستيقظا كان او نايما لان عاده الرعاه اذا ارادوا
النوم ان يعقلوها وهذا يدل على اعتبار عقلها في حالة النوم
خاصه وهو ما صرح به ابن الصباغ وغيره واعتبروا في حال عدم
عقلها ويقظته ان ينظر اليها ويلاحظها واعتبر الماوردي في حال
النوم ان يضم بعضها الى بعض او يربطها الى حبل فلو ملك جميعها فان
فقد شي من ذلك لم تكن محرزه وحكم الخيل والبغال والحمير كذلك الا في
اعتبار اناختها ويكون شدها عوضا عن العقل قاله الماوردي
وان كانت الابل سايره فان كانت مقطوره كان الرجل الواحد في
القطار حرزا لما يراه منه ويقدر على زجره في سيره قال الماوردي
فيصير بهذين الشرطين الرويه والزجر حرزا دون احدهما والاغلب
انه يكون حرزا لتسعه من الابل فان تجاوزت فالى اربعه وغايته خمسه
ان كان في الجمال فضل جلد وشهامه وسوا كان قايدا او سايقا
فان سرق شيا منها وابعد به عن بصر جماله وموضع حرز فقطع وفي
تعليق القاضي ابي الطيب ان حرزها اذا كان يسوقها مقطوره نظره

الى

نظره الى جميعها بحيث لا يخفى عليه شي منها وان كان يقودها
فحرزها ان يكون امامها بحيث تشاهد جميعها كلما التفت
اليها وكثر تعاهدها بالنظر والالتفات اليها كالمراعي لها
فان لم ير البعض لحايل الجبل او بناء اذا كانت تسير في العمران
فذلك البعض ليس بمحرز وفي كتاب ابن كج وجه انه لا يعتبر
انتهاء النظر الى اخرها ويكفي النظر احرازا قال الرافعي ويجي هذا
في سوقها ايضا واعتبر العراقي ان لا تزيد على القطار وهو
تسع جمال وعليه جرى الغزالي وقال الرافعي ينبغي ان لا تزيد القطار
الواحد على تسعه للعاده الغالبه فان زادت فهي كغير المقطوره
قال ومنهم من اطلق ذكر التقدير ولم يقيده بعدد والوجه الاحسن
توسط اورده ابو الفرج في الامالي فقال في الصحرا لا يتقيد القطار
بعدد وفي العمران يعتبر ما جرت العاده بان يجعلها قطارا واحدا
وهو ما بين سبعه الى عشره فان زاد لم تكن الزياده محرزه وهذا هو
الذي اورده القاضي الحسين في التعليق وان لم تكن مقطوره بل كانت
تساق فمنهم من اطلق القول بانها غير محرزه لان الابل لا تسير هكذا
في الغالب وعلى هذا جرى صاحب التهذيب وعن الافصاح انه لا فرق
بين ان تكون مقطوره او لا وبهذا اجاب القاضي الروياني وقال المعتبر ان
يقرب منه ويقع نظره عليها ولا يعتبر صوره التقطير وفي الحاوي ان
الواحد في هذه الحاله حرز لما يناله سوطه منها لانه بالسوط يسوقها
ويزجرها ولا يكون حرزا لما لا يناله سوطه وان كان لا يراه وفي تعليق
القاضي الحسين ان التقطير ليس بشرط في الحرز ان كان يسوقها بل
المعتبر نظره اليها وان كان يقودها فالتقطير شرط والخيل
والبغال والحمير والغنم السايره كالابل السايره اذا لم تكن مقطوره

قال الرافعي ولم يعتبروا التعطيل لكنه معتاد في البغال وعدد
الغنم المحرزة بالراعي الواحد يختلف بالبلد والصحراء وعن المسعودي
ان الغنم المرسلة في سكة يشرع اليها ابواب الدور لا تكون محرزة
حتى تاوي الى موضع قال الرافعي وليكن هذا فيما اذا لم يشرع وتحرزت
للملاحظة قلت وكذا اذا كان كذلك لم يختص الغرض بهذه الصورة واعلم
ان ما جعلناه محرزا من الابل ونحوها فما على ظهره محرز ايضا حتى
اذا سرق منه ما قيمته نصابا قطع وكذا الوسق والعير وما عليه
الا ان يكون صاحبه راكبا عليه فلا قطع كما جزم به ابو الطيب وابن
الصباغ وغيرهما وحكى القاضي الحسين في هذه الصورة اذا كان
الراكب نائما في وجوب القطع وجهين احدهما نعم لانه محرز على
الحقيقة والثاني لا ينقطع قال وقال ابن ابي هريرة ان كان قويا او علم
السارق انه لو انتبه يمنعه من ذلك لم يقطع والا وجب القطع رايته على
الحاشية انتهى وحكى الفوراني الوجهين الاولين وجها ثالثا وهو انه
ان كان الراكب قويا بحيث لو انتبه لم يقو اللص عليه لم يقطع والا
قطع والفرق بينه وبين ما حكاه القاضي عن ابن ابي هريرة ان ابن ابي
هريرة اشترط علم اللص بقوته وهذا لم يشترطه قال الفوراني وقد
قيل ان كان الحارس عبدا فعلى السارق القطع لانه بمنزلة المتاع
المملوك وان كان حرا فلا قطع وهذا ما اورده البندنيجي قال
الرافعي وكثيرون وهو الصحيح وقال ان العبد لو كان نائما على مال
فاخذه والمال معا فعليه القطع فرع اذا كانت الماشية من غنم
الابل والخيل والحمير والبغال في حظيرة ديرا او مراح او اصطبل
قال البندنيجي فان كانت في بادية فليس بحرز سوا اغلق الباب او لم
يغلق ما لم يكن معها في المكان حارس فان كان وكان الباب

لو

مغلقا

مغلقا فهو حرز نائما كان الحارس او مستيقظا وان كان الباب
مفتوحا فان كان مستيقظا يراها فهي في حرز وان كان نائما
فليست في حرز قال الرافعي ويشبه ان يكون المراح من حطب او
حشيش اذا كان صاحبها فيها وان كان ذلك في الابنية
المتصلة بالعمارات والابواب المغلقة قال ابن الصباغ والماوردي
وغيرهما فهي محرزة سوا كان صاحبها فيها او لم يكن وان
كانت الابواب مفتوحة فهي حرز ان كان صاحبها فيها مستيقظا
والا فليست بحرز ولو دخل المراح المحرز وحلب من البان الغنم او جز
من اصوافها ما قيمته نصابا قال الرافعي وابن الصباغ فقطع وفي الحاوي
ان كان المحلوب من البهيمة الواحدة ما يبلغ نصابا قطع وان لم يبلغ
الا باحتلاب غيرها ففي القطع وجهان وجه المنع ان كل ضرع حرز
للبنه والرابعة اذا سرق السفن من الشط وهي مشدودة قطع
لما ذكرناه فلو لم تكن مشدودة فلا قطع لانه ليس بحرز في العادة
والسفن المراهلة الجار والشط جانب البحر والوادي جمعه
شطوط والخامسة اذا سرق الكفن من القبر قطع لانه سارق
وان اختص باسم اخر وهو النباش فاندرج في قوله تعالى والسارق
والسارقة فاقطعوا ايديهما وانما قلنا انه سارق لقول عائشة
سارق امواتنا كسارق احيائنا وروي عن عمر بن عبد العزيز مثله وقد
روى البراء بن عازب عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من غرق غرقناه
ومن حرق حرقناه ومن نبش قطعناه وروي انه صلى الله عليه وسلم امر
بقطع المختفي قال الاصمعي اهل الحجاز يسمون النباش المختفي
ولان الحرز انما شرط في وجوب القطع لان المحرز يحتبس الناس
تناوله ويبعد الايدي عنه وهذا المعنى موجود في الكفن في القبر

قال ابن الصباغ تقوه عن بنا وله يحمل القبر محل الحرز بالبيوت
المغلقة والابواب المغلقة فان قيل هذا ينتقض بمن سرق
حبا مبذورا في الارض فان الارض حرز مثله ومع ذلك لا قطع عليه
قال القاضي ابو الطيب والماوردي الجواب ان من اصحابنا من
قال يجب عليه القطع فسقط السوال ومنهم من قال لا قطع
والفرق ان الذي سرق الحب لم يخرج من الحرز ما يبلغ نصابا لانه يخرجه
حبة حبة وهي لا يبلغ نصابا بخلاف النباش فانه يخرج من الحرز ما
يبلغ نصابا فلذلك لا قطع فان قيل الكفن اما لله او يجب القطع
بسرقته كسائر الاشيا المباحة قال ابو الطيب والماوردي لاصحابنا
في الكفن اذا كان من تركة الميت ثلاثة اوجه احدها انه ملك للميت
فاذا اكله سبع او اخذه سيل انتقل الى ملك الورثة على راي وعلى راي
الاكثرين يكون لبيت المال وبه جزم ابن الصباغ والثاني انه ملك للورثة
كالمبيت احق به ما دام باقيا فاذا بلي تصرفوا فيه بالبيع بعينه وهذا هو
الاصح في الرافعي وعلى هذين الوجهين يندفع السوال والثالث انه لا
مالك له اي معين فيكون لله تعالى كما قاله الرافعي لان الوارث
يتمكن من التصرف فيه والميت لا يملك شيا فاذا بلي الميت كان لبيت
المال وجزم القاضي الحسين بانه يكون ملكا للوارث وعلى هذا الوجه
ايضا جزم به اذا قيل بتخيره والمشهور الاول وعلى الاحوال هذا
لا يمتنع ان يقطع فيه كما ان ستارة الكعبة لا مالك لها ويقطع
سارقها وكذلك ابواب المساجد على ان ابن خيران روى قولا
اخر انه لا يجب القطع بسرقة الكفن بحال لانه موضوع للبلى
وبلغوا ان ابا حفص ابن الوكيل نسب ذلك الى القول القديم والصحيح
وبه قطع اكثر الاصحاب الاول وحيث تكلمنا في ملك الكفن فليتبين

الكلام فيه واذا الكفن من بيت المال او من مال اجنبي
فلمن هو فيه طريقان احدهما انه على الخلاف المذكور فيما
اذا كفن من تركته والثاني القطع بانه يبقى على ملك الاجنبي
او ملك بيت المال لان نقل الملك الى الغير ما لك لا يمكن والميت لا
يملك ابتدا او غير الميت لم يملك فكان الاجنبي معير للكفن
اعارة لا رجوع فيها كالاعارة للدفن ويرجع اليه او الى بيت
المال بعد بلاء الميت وهذا اصح في الكافي حيث قال انه
يرد اليه بعد بلاء الميت على الاصح ولو كان الميت عبدا وقد كفنه
السيد فالملك في الكفن للسيد او لا يملكه احد فيه وجهان في
تعليق الشيخ ابي حامد وغيره قال ولا يجي فيه انه على حكم ملكه قال
الرافعي لان العبد لا يملك الا بتمليك السيد على القول القديم
والسيد لم يملكه قال والمنازع ان ينازع فيه ويجعل التكفين
عليه كما جعل تكفين الاجنبي تمليكا على راي وحكم بان الكفن
ملك للميت قلت ويجي هذا ايضا على قولنا ان العبد لا يملك بتمليك
السيد لان هذا التمليك جرى بعد الموت وبالموت زال الرق
عنه فصار كالحر المعسر كما اشار اليه الغزالي في كفارة اليمين
واعلم ان ما ذكرناه في الكفن المشروع وهو خمسة اثواب كما قاله
ابو الطيب وابن الصباغ وغيرهما وقال القاضي الحسين ابن بلابه
فاما اذا كفن في الزايد على المشروع فالزايد ليس بمحرز ولا يقطع
سارقه وقد جرى هذا الوجه فيما اذا وضع في القبر مضربة او
وسادة للميت ويجري في سرقة التابوت الذي دفن فيه الميت وعن
بعضهم اجراوه فيما اذا دفن معه دراهم او دنانير وعن الرقم
للعبادي ان القاضي الحسين حكى عن القفال وجوب القطع فيما اذا

دفن معه مال سعد الهمم والاوهام عن الدفن فيه ومحل
ذلك اذا لم يكن القبر في بيت محرز اما اذا كان وجب القطع
جزما كما قال الامام وان كان ذلك المال متعرضا للبلى والطيب
الزايد على ما يستحب تطيب الميت به كسائر الاموال فلا قطع
فيه على المشهور وبه اجاب الماسرجسي وقال بالقطع فيما اذا
سرق القدر المستحب وبلغت قيمته نصابا لان تطييبه من
السنة فجرى مجرى الاكفان قال ابن الصباغ وعندي انه لا يجتمع
الطيب المستحب فان المستحب التبخير بالعود وان يطرح في الحنوط
كافور وذلك مما لا يجتمع فان كان مجتمعا فلا قطع فيه لانه
زايد وحكى الماوردي وجها انه لا قطع في الطيب بحال لانه يستهلك
كله في الاكفان ثم ما اطلقناه من وجوب القطع بسرقة الكفن محله
كما قال الاصحاب اذا اخرج من جميع القبر مجردا عن الميت اما اذا
اخرج من اللحد الى فضاء القبر وتركه هناك لخوف او غيره لم يقطع على
المنصوص المشهور قال الربيع ويجوز ان يخرج الى ذلك على الاخراج
من البيت الى صحن الدار يعني وقد فتح اللص بابها كما سنذكره ان شاء الله تعالى
ولو اخرجه على الميت ولم يخرجه عنه ففي قطعه وجهان في الحاوي
احدهما وينسب الى المراوزة انه لا قطع لاستبقائه على الميت
والثاني وهو قياس قول ابن ابي هريرة انه يقطع وقد اطلق الشيخ
هنا ذكر القبر ولم يفصل فيه بين ان يكون في مفازة او في مقابر
المسلمين في الصحراء او في العمران وهو متبع في الاطلاق للقاضي ابي الطيب
والبندنيجي وعليه جرى ابن الصباغ ايضا وقضيته ان القبر حرز على
الاطلاق كما حكي ذلك وجها يعزى الى اختيار الشيخ ابي حامد والقفال
والقاضي الحسين وابي الحسن العبادي ان النفوس تهاب الموتى في ل

قدم

اللحد

المهذب

المهذب ان كان القبر في بيته لم يقطع وان كان في مقبرة تلي العمران
قطع وهو منطبق على قول الماوردي ان كان القبر منفردا في الفلوات
فلا قطع في السرقة منه وان كان في مقابر البلد الانيسة قطع
سواء كان في وسط البلد او ظاهرها بشرط ان يكون القبر عميقا
فلو كان قريبا من وجه الارض فلا قطع انتهى وعن صاحب العدة
انه لو وضع الميت على وجه الارض ونضدت الحجارة عليه كان ذلك كالدفن
حتى يجب القطع بسرقة الكفن خصوصا اذا كان ذلك بحيث لا يمكن الحفر
وقد استظهر من مجموع ذلك وجوب القطع اذا كان في المقبرة المتصلة
بالعمران ومن طريق الاولى اذا كان محرزا في بيت وسرق الخارج عن البيت
الكفن منه وان كان في مفازة فوجهان وهكذا اورده صاحب الحاوي
والوجهان يجريان فيما اذا كان القبر في بيت وسرق الكفن منه في البيت كما
حكاه في التهذيب وقال القاضي الحسين وغيره ان كان القبر محرزا في بيت او
في المقابر العامرة التي تقرب العمران وهناك حارس قطع وكذلك اذا
كانت المقبرة محفوفة بالعمارات بحيث لا تخلو الطارقين عنها زمنا
يتاتى فيه النبش كما قاله الامام وان كان في المقابر العامرة التي
من البلد ولم يكن ثم حارس فوجهان في المذهب ثم يطلق القاضي حكم
وجوبه وان كان في المقابر التي يعلم ان الناس لا يتلقون اليها فان كان
بعيدا من البلد فلا قطع قال القاضي والذي عندي انه يقطع لانه اذا
مات في صحراء او في مفازة يجب دفنه هناك ولا يجوز نقله الى موضع اخر
فاذا فعل الواجب استحال ان ينسب الى تضييع **فرع** اذا طرح الميت
في الماء فاخذ اخذ كفنه فلا قطع لانه ظاهر فهو كما لو وضع الميت على
شفير القبر فاخذ سارق كفنه ولو غيبه الماء فغاص سارق فاخذ
كفنه لم يقطع لان طرحه في الماء لا يعد احرازا وهذا كما لو وضعه في

في

الارض فغيبه اليحر بالتراب قاله الغزالي في فتاويه قال الرافعي
وقد يتوقف في هذا قال وان كان محرزا في بيت يعني لكون البيت مغلقا
فاخرجه منه الى الدار وهي مشتركة بين سكان فقطع اي سواء كان باب
الدار مغلقا او مفتوحا قاله الشيخ وابن الصباغ والقاضي حسين
لانه اخرجه من الحرز الى ما ليس بحرز فيقطع كما لو اخرجه من دار الى زقاق
غير نافذ وان كان موثقا بالدرب وهذا الخلاف في المدرسة والرباط
والخان اذا اخرج من بحر منه شيئا وطرحه في وسطه وفيه سكان وفي الابانه
وغيرها من كتب المراوزة انه اذا اخرج المال من بعض البيوت المغلقة الى
الخان ونحوه من لا يثبت له فيه والخان مغلق فهل يقطع فيه وجهان قال
الرافعي وقريب من هذا ما حكي عن المنهاج للشيخ ابي محمد انه ان كان بالليل
يقطع لان البيت يكون مغلقا بالليل وان كان بالنهار يقطع ولو كان المخرج
من البيت المحرز الى صحن الخان بعض سكان الخان ونحوه فعليه القطع سوا
كان باب الخان مفتوحا او مغلقا لان الصحن في حق السكان كالسكة
المنسدة بالاضافة الى الدور وهذا بخلاف ما لو سرق من في الخان شيئا
من عرصة الخان فانه لا قطع عليه لانها مشتركة بينهم وما فيها غير
محرز عنهم قال الامام هذا اذا كان فتح الباب هينا على من خرج من
العرصة بان كان موثقا بالسلاسل ونحوها فاما اذا كان موثقا
بالمغاليق وله مفتاح بيد حارس وكان يحتاج مخرج المتاع الى
معاناة ما يحتاج اليه من يحاول الدخول من خارج فقد اقنعه تردد وذكر
احتمالا في عدم وجوب القطع بالاخراج من الدار الى السكة المنسدة
الاسفل الموثقة بالاوثق اشياء في عرصة الخان لانها مملوكة لاصحاب
الدور وهي من مرافقهم فتشبه عرصة الدار وقال الاول الذي رآه
للاصحاب الاول قال الرافعي وقد يوقف على هذا بان الامتعة قد

توضع

توضع في العرصة اعتمادا على ملاحظة سكان الحجر والبيوت
بخلاف السكة د وان كان الجميع لواحد وباب الدار مفتوح اي لم
يخلفه المالك د فقطع لان ما في الدار ليس بمحرز مع فتح بابها فما (شبه)
مال لو اخرجه الى الزقاق د وان كان مغلقا فقيل يقطع لان
باب البيت حرز لما فيه من المال فاذا اخرج منه فقد اخرجه
من حرزه فوجب عليه القطع كما لو كان باب الدار مفتوحا وهذا
اصح في الجيلي د وقيل لا يقطع لان الدار حرز لما فيها والبيت حرز
لما فيه فلم يجب القطع بهتك احد الحرزين واخراج المال من (المال)
احدهما دون الاخر كما لو كان في صندوق وهو مقفل وذلك الصندوق
في بيت مقفل فاخرج السارق المال من الصندوق الى البيت فانه لا قطع
عليه وهذا ظاهر النص في المختصر واصح في الحاوي وعند النووي
وصاحب المرشد وما ذكره للشيخ في الحالين هو ما اورده الاكثرون
وحكى الامام الخلاف في الحالة الثانية فيما اذا كان المخرج من
البيت يصلح الدار حرزا له وقال فيما اذا لم يكن الدار حرزا له وجهان
مرتبان على الوجهين في الحالة السابقة وهنا اولى بوجوب
القطع والفرق ان الدار مضيعة بالاضافة الى المخرج بخلاف فيما
في الحالة السابقة ووجه عدم وجوب القطع في هذه الحالة بان
باب الدار اذا كان مغلقا فهو مزيد احتياط للمال الذي في البيت
فهي تتمة الحرز فاعتبر فايته في القطع الاخراج من تمام الحرز
قال واذا جمعت بين المسائل انتظم فيها ثلاثة اوجه ثالثها وينسب
الى ابن القطان الفرق بين ان يكون المخرج الى باب الدار مما يحرز بها
فلا قطع والا فيقطع وعلى ذلك جرى الحرالي في ... وقد حرك الامام
هنا بحثا في تصوير المسئلة فقال لا شك في جريان ما ذكرنا

اذا تسلق اللص الجدار ونزل الى العرصة واخرج المتاع من
البيت فلو فتح باب الدار ثم اخرج المتاع او الدراهم من البيت
الى العرصة ففيه نظر ان الحرز اذا هتكه السارق فهو
في حكم الحرز الدائم ولولا ذلك لما اوجبنا عليه القطع بعد دخوله
بعد النقب والاخذ منه وقد يجر هذا التحقيق على السارق واذا
قيل اخرج من حرز الى حرز ولو حكمنا بانتقال الحرز في العرصة
لقطع ونحن فانما جعلنا الحرز بعد النقب في حكم الباقي تغليظا
عليه فقياس هذا الفقه ان تجعل العرصة مضيعة لتكرر الداخل
بالاخراج من البيت اليها القطع والمسألة محتملة لانه ليس مبني الباب
على التغليظ وانما جعلنا الناقب اذا سرق سارقا لان صورة السرقة
في الغالب تكون كذلك والذي يظهر صحته الاول لان مجرد فتح الباب او
نقب الدار لم يسق حرزا ولذلك لو سرق منها سارق لم يقطع وهذا لو لم
يكن في الحرز حالة النقب الا دون النصاب فدخل المالك ووضع فيه نصابا
وهو لا يدري بهتك الحرز وكون اللص فيه فاخذه اللص ولا قطع عليه
كما حكاه القاضي الحسين عن الاصحاب لانه وضعه في حرز مهتوك
واذا كان كذلك فما اخرجه اليها فهو مخرج الى غير حرز فاشبه ما لو
اخرجه الى الزقاق ولعل الذي يظهر موافقة الاصحاب عليه الثاني حينئذ
قال الوامس اخرج اللص من القبر ثم ادركه هنا الخوف او غيره لم يقطع
على النص ولم يحكوا خلافا سواه مع انه قد صيره في غير حرز والله اعلم

فرع اذا رفع اللص المال من الدار الى الصحن قال الماوردي ان كان على
السطح ممرق يغلق على السفل قطع لانه اخرجه من الممرق لخروجه من
باب الدار وان لم يكن عليه ممرق يغلق فان كان السطح عاليا او عليه سترة
مبنية تمنع من الوصول اليه لم يقطع كما لو صعد بالمال من سفل الدار الى

غرفها

ذراع

الطريق الى قصاص

غرفها وان كان نحلا او قصيرا لا يمنع قطع **قال** وان نقب رجلان
فدخل احدهما واخرج المتاع فوضعه في وسط النقب اي
وقيمته نصابان فاخذه الخارج فقيمته ولان احدهما لم يقطعان
لانهما اشتركا في هتك الحرز واخراج المال فوجب عليهما القطع
كما لو حملاه جميعا من الحرز واخرجاه ولانا لو لم نوجب القطع عليهما
صار ذلك طريقا الى اسقاط القطع وهذا ما نقله الحارث ابن سريج
النقال عن الشافعي وقاله القاضيان ابو الطيب والحسين وقال الماوردي
انه رواه ابن شبرمة عن الشافعي في القديم والثاني لا يقطعان لان كل
واحد منهما لم يخرج المال من كمال الحرز لان الحرز هو الحائط وهذا ما
رواه المزني والربيع وهو الصحيح في الطريق وبه قطع الصيدلاني لان فعل
كل واحد منهما منفرد عن الاخر فلم يبن عليه كما لو نقب واحد وجاء اخر
فاخرج وما ذكر من انا لو لم نوجب القطع لصار طريقا الى القطع فيلزم
عليه ما اذا ادعى السارق ان المسروق ملكه يقطع لهذا المعنى وقد نسب
ابن الصباغ القولين الى رواية الحرث بن سريج النقال وقال القاضي ابو حامد
انهما في هذه العربية وعلى هذا يكون في المسألة طريقان وقد جزم البندنيجي
وغيره بان احدهما والصورة هذه لو قرب المتاع فاخذه الخارج كان
القطع على المخرج دون المقرب ومن طريق الاولى اذا نقبا ودخل احدهما
فاخرج المتاع من اختصاصه بالقطع وقال الامام ورايت في بعض التعاليق
عن شيخي حكاية وجهين في وجوب القطع على المخرج واذا جرى الخلاف
في هذه الصورة فهي التي قبلها اولى ثم ما المراد بالاشتراك في النقب
فيه وجهان احدهما وينسب الى رواية الفوراني ان ما حصل اله واحدة
فينقبان بها على النعت الذي يجب به القصاص في عقد الاشتراك
في قطع الطرف فاما اذا كان ينفرد كل واحد منهما بالة منفردة فلا

ابن سريج

البندنيجي
من النقب

ليتق

سرقه قال في الابانه ولا قطع عليهما والثاني عليهما وهو
الصحيح وبه جزم في الوجيز انهما مشتركان في الصورتين **فرع** لو
ان اعمى ومقعدا اجتمعا ونقبا فدخل المقعد الاعمى والمقعد يهديه
واخذ المقعد ودكا الاعمى فيه يعلق القاضي الحسين وجهان احدهما لا
قطع على واحد منهما والثاني عليهما القطع وقيل يجب على الزمن دون
الاعمى حكاه الرافعي وفي الزوايد للعمراني معزي الى العده للطبري ولو
احمل الاعمى المال بدلالة الزمن وخرج به فعن الشاشي انه يجب القطع عليهما
او لا يجب الا على الاعمى فيه وجهان اصحهما الثاني ولو دخلا بصيرين ساكنين
فاخذ المال احدهما وحمله الاخر واخرجه والمال في يده وجب القطع على المحمول
وفي الحامل وجهان الذي اورده الروياني منهما المنع **اخر** اذا اسرق جدعا
فلحقه الداع قبل ان اخرجه جميعه وكان المخرج يساوي نصابا حكى القاضي
ابو الطيب عن الماسرجسي انه لا يقطع وكذا اذا اخرج بعض عمامه ثم تركها لان
بعضها لا ينفرد عن بعض كما اذا كان في بعضها نجاسه والباقي على راسه
لا يجوز صلاته قال القاضي وكذلك اذا اخذ الغاصب طرفا والطرف الاخر في يد
صاحبها لم يضمنها فكذلك في السرقه قاله ابن الصباغ د وان نقب احدهما
فدخل الاخر فاخرج المتاع لم يقطع واحد منهما لان الناقب لم يسرق والاخذ
اخذ من غير حرز فعلي هذا على الاول ضمان ما نقبه من الجدار وعلى الثاني
ضمان ما اخذ وهذه طريقه ابن ابي هريره وطايفه وقيل فيه قولان كالمسله
قبلها وجه القطع خشيه جعل ذلك ذريعه للسرقه وهذه
الطريقه قال بها كما حكاه الماوردي كثير من الاصحاب وقد حكاها الشيخ
القاضي ابو الطيب وغيره وظاهر اللفظ في ايرادها يقتضي انهما
يقطعان على قول وهو ما صرح به الماوردي والبندنيجي والقاضي حسين
وفي النهايه انه مخرج في القطع فيهما بالاخذ ويتجه جري الخلاف وهو

الاقرب

الاقرب لان الاصحاب متفقون على ان ثلاثه لو نقبوا ثم دخلوا
الحرز فكوروا المتاع وحمله واحد فاخرجه لا قطع الا عليه وحكوه
عن النص ولو دان القطع في مسله الكتاب على الناقب على قول لكان جريانه
في مسله التكوير اولى ويجوز ان يكون ما حكوه فيها بناء على الصحيح ومن
ابن القاص في مسله الكتاب ان صاحب الدار لو لم يكن فيها فلا قطع
وان كان فيها وجب على المخرج القطع لانها محرزه فيكون قد اخرجه من
حرزه قال ابن الصباغ وعلى هذا ينبغي ان يقال ان كان صاحب المتاع
منتبها يراعي ما فيها فالامر كذلك فاما اذا كان نايما فانما حرزها
بالغلق وقد زال ذلك بالنقب وهذا ما فهمه القاضي ابو الطيب من كلام
ابن القاص لانه قال بعد حكايه ما ذكرناه عنه وهو كما قال الا ان صاحب الدار
اذا كان فيها فما فيها محرز به والوجهان اذا لم يكن صاحبها فيها او
كان نايما وفي الرافعي الجزم بان صاحبها ان كان يلاحظ المتاع فهو محرز به
فيجب القطع على الاخذ وان كان نايما او لا يكون المال محفوظا به ففي اصح
الوجهين كما ذكرنا فيمن نام في الدار وبابها مفتوح وهذا منه اشاره الى
كون السرقه بالنهار لانه محل الوجهين كما ذكرنا اما اذا كانت بالليل فقد
جزم بان ما في الدار لا يكون محرزا اذا كان نايما وحسن تلخيص مجموع
ما ذكر ان المالك ان كان مراعيا للمال قطع الاخذ بلا خلاف وفي قطع
الناقب الطريقان وان كان نايما فان كان في الليل ففي قطعهما
الطريقان وان كان بالنهار فان قلنا بالقطع في الليل ففي النهار اولى
والا فلا قطع على الناقب وفي قطع الاخذ وجهان اصحهما المنع د
وان نقب احدهما وانصرف وجاء الاخر الى الذي لم يشهد النقب كما
قال الماوردي وسرق لم يقطع واحد منهما لما ذكرناه ومن طريق الاولى
اذا اخذ الاخر من وسط النقب كما قاله البندنيجي واجرى الطريق الثاني

في المسئلة قبلها الا انه لا تواطؤ بينهما هذا اطلقه الجمهور ونقل
الحاوي انه لا قطع في مسئلة الكتاب على الذي نقب واما الاخر فلا
قطع عليه ان اشتهر خراب الحرز وان لم يشتهر ولم يظهر ففي
القطع وجهان جاريان فيما لو عاد الذي نقب بعد هربه في ليلة
اخرى واخرج السرقة وجعل الجمهور هما وجوب القطع وقد حكي
الوجهين في الحالة الاخيرة القاضي حسين ايضا **فرع** لو نقب سارقان
حرزا واخذ احدهما من جانب والاخر من جانب واحد كل منهما نصابا
واحدهما لا يعلم بصنع صاحبه قال القاضي الحسين في القطع انما يجب
على السارق الذي نقب اولا ولا قطع على الثاني لان الحرز صار مهتوكا
وان وقع النقبان معا فعليهما القطع وان اخرج كل منهما ما سرقه من
نقب صاحبه كما لو نقب واحد واخرج المال من الباب **قال** وان نقب الحرز
واخذ دون النصاب وانصرف ثم عاد واخذ تمام النصاب اي لا غير كما قاله
القاضي الحسين وان كان في كلام القاضي ابي الطيب خلافه فقد قيل يقطع
لانه اخذ المال من حرز مثله فصار كما لو اخرجه شيئا فشيئا وهذا ما
حكاه المصنف وغيره عن ابن سريج والرافعي عنه وعن القاضي ابي حامد وهو
الاصح عند الجمهور وقيل لا يقطع ان الماخوذ اولا دون النصاب فلا قطع
فيه وهذا قول ابي اسحق وقيل ان اشتهر خراب الحرز اي بان علم بالنقب
المالك او الناس لم يقطع لانه اخذه من حرز مهتوك وان لم يشتهر
اي بان ردم السارق النقب او نضد لبنه من غير بناء قطع لانه اخذ
من حرز هتكه هو بنفسه فقطع كما لو نقب ودخل فسرق وهذا قول
ابن خيران كما حكاه المصنف وغيره وهو المختار في المرشد وفي تعليق
القاضي الحسين انه حكي عن ابن سريج وهذه الاوجه قال البغوي انها
تجري سواء عاد في تلك الليلة او في الليلة الثانية وقيل ان عاد في

الليلة

الليلة الثانية لم يقطع وجها واحدا وفي تعليق البندنيجي
والشامل حكاية الاوجه فيما اذا كان العود في ليلة اخرى واقتصر
فيما اذا عاد في وقته او ليلته على حكاية الوجهين الاولين وهذا
هو المحكي في الزوائد عن ابن حامد وهو يفهم تخصيص الوجه الثالث   لث
بالحالة الاولى وكلام ابي الطيب كالمصرح به لانه حكى الوجهين
فيما اذا عاد في ليلته ثم قال ولو عاد في الليلة الثانية واخذ ما
يساوي ربع دينار او ما يتم به ربع دينار فقد اختلف اصحابنا فيه
فمنهم من قال حكمه حكم المسئلة السابقة وقال ابو علي بن خيران وساق
مذهبه الذي ذكرناه وفي الحاوي ما يقتضي خلاف ذلك فانه حكى الوجهين
السابقين فيما اذا كان عوده من وقته او من غده وحكى الثالث ونسبه
الى ابن خيران وانه قال ان عاد لوقته فاستتم النصاب قبل اشتهار
هتكه قطع وان عاد من غده بعد اشتهار هتكه لم يقطع لاستقرار
هتك الحرز بالاشتهار وهذا اصح وفي تعليق القاضي الحسين حكاية
الوجهين الاولين فيما اذا عاد السارق قبل ان يعود الى منزله اما
اذا عاد بعد رجوعه الى منزله ففي القطع وجهان مرتبان على الوجهين
في الحالة الاولى واولى بعدم القطع لانه كالمبتدي لهذا الامر وغيرنا   بنيه
على الاول وعند اختصار ما ذكره يرجع حاصله الى ثلاثة اوجه ثالثها
ان لم يعد لمنزله قطع والا فلا وهو احدها الفوراني والطبري في العدة
وكلام الامام قريب من ذلك فانه حكى في المسئلة ثلاثة اوجه عند عدم
علم المالك بخراب الحرز ثالثها ان تواصل الفعلان من غير تخلل فصل
يحب القطع وان انفصل احدهما عن الثاني بزمان طويل فلا قطع وحكي
ان شيخه كان يقول لو اخرج مقدارا او انطلق به وعاد فهذا انفصال
بين الفعلين وان قرب الزمان واسرع الكر وهذا احسن في ايضاح معنى

الفضل بين الفعلين على هذا الوجه وجزم بأن المالك لو اطلع على
خراب الحرز فلم يبنه او يسده فعاد السارق فاستكمل النصاب
مما اخرجه ثانيا انه لا يقطع جزما فتح الباب او كسره او فتح غلقه فيما
ذكرناه خلاف النقب قال وان ترك المال على بهيمة ولم يسقها فخرجت
البهيمة بالمال او تركه في ماء راكد فانفجر اي تحرك اما بزيادة ماء
آخر بسبب سيل او لانفتاح ما يمسكه عن الجريان بنفسه وجرى اي
المال مع الماء الى خارج الحرز فعن قيل يقطع وقيل لا يقطع هذا الفصل
يشتمل على مسئلتين احداهما اذا ترك المال على بهيمة ولم يسقها فخرجت
بالمال وفيها وجهان احدهما يقطع لان وضع المال على الدابة سبب الى
خروجه فان الدابة اذا استقلت بالحمل سارت فصار كما لو وضعه على
دابة سائرة او واقفة وساقها فانه يقطع وجها واحدا والثاني لا
يقطع لان للبهيمة اختيارا فاذا لم يسقها وسارت بنفسها لا
باختيار السارق فلم يقطع قال القاضي ابو الطيب وهذا كما ان من
فتح قفصا عن طائر انسان ولم ينفره فوقف ساعة ثم طار لم
يضمنه لان للطائر اختيارا اصحهما الجمهور طار باختياره وهذا
اصح في الرافعي وعند النواوي وصاحب المرشد وبه جزم الفوراني
قال الرافعي ويحكى عن القاضي ابي الطيب القطع به وقد قيل به فيما
لو وضعه على دابة واقفة وساقها ونسب الى الغزويج كما قال
في الزوائد وراى الامام تخريجه على الدابة السائرة مما سيذكره
في منع القطع عند انتفاء الصيرورة وقد اختلف الاصحاب في محل
الوجهين المذكورين في مسئلة الكتاب فمنهم من قال محلهما اذا وقفت
الدابة ثم سارت اما اذا سارت عقب الوضع قطع وجها واحدا لاشعار
الحال بانها سارت بفعله وكلام القاضي ابي الطيب يقتضي هذا

حيث

(هامش: فقد يسارق — او الوضع في)

حيث استدل لوجه عدم القطع بنص الشافعي في مسئلة الطير
اذا وقف ثم طار ومنهم من قال محلهما اذا مشت عقب الوضع
فاما اذا وقفت ثم سارت فلا قطع وهذا ما حكاه الامام عن العراقيين
وهو اختيار الشيخ ابي علي وغيره ولم يورد البغوي سواه وحكى
العمراني ان الشيخ ابا علي طرد ذلك فيما اذا ربط لؤلؤا على جناح
طائر وقال ان مكث من غير طيران ساعة ثم طار فلا قطع وان طار
عقب الربط من غير تنفير فعلى وجهين ومنهم من اطلق الوجهين قال
الرافعي وهو الاظهر ومقتضاه جريانهما في الحالين وعند الاختصار حكى
في المسئلة ثلاثة اوجه كما حكاها الماوردي ثالثها ان وقفت ثم سارت فلا
قطع والا قطع وهذا ما قال به ابن ابي هريرة وحكى القاضي الحسين ذلك
طريقة مستقلة وطردها فيما لو شد لؤلؤا على جناح طائر وكذا فيما
لو كان في الحرز غنم فنفر فان خرجت في الحال قطع وبعد ساعة لا
قطع والاقوال في المسئلة تشابه الاقوال التي حكاها الامام وغيره في
مسئلة فتح القفص عن الطائر قال الامام ومن اصحابنا من قطع فيما نحن
فيه بنفي السرقة وان تردد في مسئلة الطائر في الضمان والسبب فيه ان السبب
مضمن في الغصوب والسرقة تعاطي الاخراج بالنفس وهذا المعنى لا
يتحقق مع اختيار البهيمة ولو فصل مفصل بين بهيمة مطمئنة لا نفار
بها وبين بهيمة ذات نفار لعل هذا وجها في الاحتمال وهذا الاحتمال
يمكن اجراؤه في فتح القفص وحل الرباط عن طائر انتهى **فرع** لو اخرج
هادي الغنم او ام السخلة فتبعه الغنم والسخلة ولم يكن الاول وحدها
نصابا قال الرافعي ففيه الخلاف والذي اورده القاضي الحسين انه ان
علم انه يخرج ذلك على اثرها قطع والا فلا وهذا ما اختاره الطبري
في العدة وعن الشيخ ابي علي القطع بالوجوب لان من طبعها الاتباع

(هامش: العوالي)

والظاهر الاول وبالمنع اجاب في المهذب وفي دخول السخلة في
ضمانه وجهان الثانية اذا وضع المال في الماء الراكد فتفجر وجرى
مع الماء الى خارج الحرز ففيه الوجهان وجه القطع انه تسبب
الى خروجه بتركه في الماء فاشبه ما لو وضعه في ماء جار او راكد
وحركه حتى خرج فانه يجب القطع وجها واحدا ووجه مقابله وهو
الاصح في الرافعي والمرشد وعند النواوي ان الماء الموضوع فيه لم يكن
آلة لاخراجه وانما خرج بسبب آخر حدث ومن قبيل بطرده فيما اذا وضع
المال في الماء الجاري وينسب الى والد الشيخ ابي حامد وهو من طرق في ادب
القضا المسالة ايضا قال الرافعي ورآه في تعليق ابرهيم المروروذي ورأي
الامام تخريجه مما سنذكره من منع القطع عند انثيال الصبرة وهو جار
فيما اذا حرك الواضع الماء لكن الصحيح القطع والوجهان في مسلة الكتاب
جاريان حكاه المصنف وغيره فيما اذا نقب واخرج المال من موضعه في النقب
محل شريك فاخرجته الى ظاهر الحرز واختار في المرشد عدم القطع ولو كان
ذلك في وقت هبوب الريح قطع ويظهر مجيء وجه السحابي حامد فيه فرع لو كان
في البستان اترج والماء يدخل من احد طرفيه ويخرج من الآخر فجمع السارق الورد
في ظرف ووضعه على الماء فدخل وعلا الوجهان فلو اسقط الاترج في الماء
وخرج من الطرف الآخر فاخذه او رمى بالاحجار الى الاشجار حتى تناثرت
الثمار في الماء وخرجت من الجانب الآخر فعن ابرهيم المروروذي ان القاضي حسين
قال في الاول يقطع وهو المذهب وقال في الثاني يجب كما لو اخذ الثوب من خارج
الحرز بمحجن وهذا مذكور في فتاوي القاضي قال وان نقب الحرز وقال للصبي
الذي لا يعقل اخرج المال فاخرجه او طرّ جيبه فوقع منه المال وجب القطع
هذا الفصل ينتظم ايضا مسلتين الاولى اذا قال الصبي لا يعقل اخرج المال
فاخرجه قطع لان الصغير الذي لا يعقل كالآلة ولهذا لو وجب على من امره

بالقتل اذا قتل القصاص واذا كان كذلك وجب عليه القطع كما لو
اخرج المال بمحجن وهو السوط المعوج الراس ونحوه وقد زاد
القاضي ابو الطيب في تصوير المسلة ان ساوى الصبي المال للامير
وغيره سكت عن ذلك وهل الاعجمي المجنون والبالغ الاعجمي الذي لا
يميز له حكم ذكرناه من قبل وفي الزوائد ان صاحب الفروع حكى وجهين
فيما اذا دفع المال الى صبي لا يميز له مخرج كالدابة اذا خرجت عن غير
سوق ويظهر جريانهما في المجنون والبالغ الذي لا يميز له ايضا ولو دفع
المال للصبي والمجنون ولم يامره باخراج ولا اشار اليه قال الماوردي
فقد اختلف فيه قول الشافعي في جناية الصبي والمجنون هل يجري عليها
حكم العمد ام الخطاء فعلى الاول يقطع السارق وعلى الثاني لا قطع دفعها
لبالغ عاقل وعلى الثاني يكون كوضعها على الحمار فيكون في قطع السارق
وجهان اما اذا كان للصبي تمييز فلا قطع عليهما في مسلة الكتاب وعن
فتاوي القفال انه لو علم قردا النزول الى الدار واخراج المتاع فنقب
وارسل القرد فاخرج المتاع ينبغي ان يجب الحد لان للحيوان اختيارا
والحد يسقط بالشبهة الثانية اذا طرّ جيبه اي شقه او جيبه فوقع
منه المال قطع لانه خرج بفعله متصلا فقطع به كما لو جر من الحرز
عمامة فاخرجها وهكذا الحكم عند القاضي ابي الطيب وابن الصباغ
والمصنف وعن همة فيما اذا نقب غرفة فانثال منها طعام قيمته
نصاب وهو في الحاوي هلا اذا اخرج من الطعام ما قيمته نصاب دفعة
واحدة وجها فيما اذا اخرج شيئا فشيئا وجهين في وجوب القطع وعلى
ذلك جرى القاضي حسين وقال ان الاصح الوجوب قال القاضي حسين ومن قال
بمقابله فرق بينه وبين العمامة بان العمامة يتصل بعضها ببعض
فكان خروج الجميع بسبب فعله واما الحنطة فما خرجت في الدفعة الثانية

بفعله في الوسيط والنهاية والزوائد والرافعي ان الوجهين في
هذه الحالة متفرعان على قولنا انه لو اخرج نصابا بفعلين متواصلين
من غير تخلل القطع اما اذا قلنا بوجوبه لم يقطع فيها هنا اولى قلت ومن
هذا البناء يظهر ان يقال لو اشتال من الطعام ما قيمته نصاب ثم وقف
ثم اشتال بعد ذلك ما يكمل به النصاب ان يجري الخلاف من غير تردد وقد
ادعى الرسلي في ادب القضاء له انه لا خلاف في عدم القطع في هذه الصورة
وان على المحققين في الصورة السابقة والصحيح وان ثبت الخلاف ما قاله
العراقيون وهو جار في مسئلة طرد الجنيب ايضا كما حكاه الرافعي وحكي في
الصورتين وجها وينسب الى رواية ان الصحيح انه لا يقطع فيهما لان
الخروج حصل بتسببه لا بمباشرته الاخراج والسبب ضعيف لا ينبغي
ان يتعلق به القطع وقد اشار اليه في الحاوي بقوله ولو نقب جدارا فانثال
منه الحنطة فاخذها او طرحه او همه فسقط منه الدراهم والدنانير
فعليه القطع على اصح الوجهين **تنبيه** ظاهر كلام الشيخ يقتضي ايجاب
القطع عند طرد الجنيب ووقوع المال وان لم ياخذه الطارد وهو على وزان
ما قاله اصحابنا فيما اذا رمى الناقب بالمتاع من داخل الحرز الى خارجه
ولم ياخذه ان عليه القطع سواء اخذه سارق اخر ام لم ياخذه لكن
حكى الامام في هذه الصورة وجها عن بعض المصنفين انه ان لم
ياخذه فلا قطع عليه لان الموجود حينئذ اتلاف لا سرقة وهذا ما جزم
به الرسلي في ادب القضاء له اذا كان الوقوع في مهلكة او اخذه اخذ
قال الامام وعلى هذا لو اخذه معينه وصاحبه فالوجه ان لا
يجب القطع على الملقي ويجوز ان يقال بوجوبه لاخذه باذنه والذي
دانيته في الامانة والزوائد وتعليق القاضي حسين انه ان خرج واخذ ما
رماه قطع وان اخذه سارق اخر فمنهم من قال فيه الوجهان

المذكوران

الوجهين

المذكوران فيما اذا انقبا الحرز فدخل احدهما ووضع المتاع في
وسط النقب واخذه الخارج ووجه التشبيه ان الرامي لم يتناول
المسروق بعد اخراجه اياه من الحرز كان من اخرج المتاع الى
نصف النقب ايضا وله نحو حاز الحرز ومنهم من قال بوجوب القطع
على الرامي وجها واحدا كما ذكره او لهما القاضي حسين وهو الصحيح
لان الاخراج وجد منه تاما ما الخلاف فيما اذا وضعه في بعض النقب
قلت يظهر قوة كلامهم ان محل التردد اذا اشترك الرامي والاخذ
في النقب لا يظهر المسئلة المخرج عنها الخلاف اما اذا لم يكن الا
شريك الرامي في النقب فيصح فيه الطريقان لان بقا فيما اذا
نقب واحد وسرق الاخر فان قلنا بطريقة القولين فيها اتجه
جريان ما حكاه الفوراني غير من الخلاف فيها ايضا وعلى هذا يتجه
ان يجيء مثله في مسئلة طرد الجنيب اذ لا فرق يظهر بين المسئلتين وان
قلنا بطريقة القطع بعدم القطع على الناقب والمخرج اتجه القطع
في مسئلة الرمي بعدم القطع على الاخذ واجرا الخلاف في الناقب
الرامي ولاجل ذلك اعرض الامام عن الترتيب وحكى الخلاف في
وجوب القطع على الرامي اذا لم ياخذ وعليه جرى الغزالي ويتجه جريان
مثل ذلك في مسئلة طرد الجنيب ايضا وقد بالغ النووي فرد ذلك فجعل
اخذ المال بعد طرد الجنيب من تمام نفس الطرد قال وقال لحرزه
بطرده طرا شقه وقطعه فهو طرار قال وان ابتلع جوهرة في الحرز
وخرج من الحرز فقد قيل يقطع كما لو نزلها في جيبه وخرج بها وهذا اصح
عند الامام والروياني وقيل لا يقطع لان ما بلعه الانسان لا
يدري الى ما ذا يؤول فلا يتحقق خروجها من الحرز ولهذا المعنى وجب
عليه قيمتها قال ابو الطيب وعنده وانه فالمعول على الخروج بها لانه

خذ

يلزمه الخروج ولا يمكنه اخراجها من جوفه وهذا ما اختاره في
المرشد وصححه المحاملي وطائفة وقال القاضي الحسين انه المذهب
والوجهان عند الشيخ ابي حامد مخصوصان بما اذا خرجت الجوهرة منه
بعد اما اذا لم يخرج فلا قطع جزما وعلى هذا اجرى الشيخ يحيى وابن الصلاح
والقاضي الحسين وصاحب الكافي والطلق مطلقون ومنهم القاضي
ابو الطيب والمصنف الوجهين ولم يقيدوهما بحالة قال الرافعي
فيرد بعضهم المطلق على المقيد وراى الامام اثبات ذلك وجهان
فارقا بين ان يخرج منه بعد خروجه من الحرز فيجعل سارقا وبين ان لا
يخرج فتتبين انها فسدت والمحقق فلا يجعل سارقا وهذا ما اختاره
النواوي وروى الماوردي الوجه القائل بعدم غير هذا النحو على ابن الفياض
انها ان خرجت بعلاج ودوا لم يقطع وان خرجت بغير علاج ولا دواء
قطع وبه يحصل في المسئلة اربعة اوجه واورده الغزالي على غير هذين
الوجهين فقال والثالث ان اخرجها بعد الانفصال عنه قطع والا فلا
قال الرافعي ولم اره لغيره قلت ومادة هذا الوجه يحتمل ان يكون ماخذه
من الوجه المنقول فيما اذا نقب ورمى المال الى خارج الحرز فان اخذ
المال قطع والا فلا ووجه الشبه انه برمي المال الى خارج الحرز كالمضيع
له فاذا اخذه تمت السرقة واذا لم ياخذه كان اتلافا لا سرقة فكذلك
اذا ابتلع الجوهرة فكانه عرضها للاتلاف فاذا خرجت منه ولم
ياخذها فهي للضياع ايضا فكان بلعها وخروجها بمنزلة رمي المتاع
فان اخذه فقد تحققت السرقة والا فهو اتلاف لا سرقة وبهذا الوجه
يحصل في المسئلة خمسة اوجه **فرع** لو تطيب بطيب في الحرز فان لم
يمكن ان يجمع منه بعد الخروج ما قيمته نصاب كالماورد ونحوه لم يقطع
وان امكن كالمسك والغالية فوجهان اصحهما في تعليق القاضي حسين

الوجوب

الوجوب وهو المختار في المرشد والاشبه في الرافعي وان سرق
حرا صغيرا وعليه حلي اي يليق به ويساوي نصابا قطع لانه قصد
سرقة ما عليه من المال فهو نصاب فاشبه ما لو اخذه منفردا وهذا
قول ابن ابي هريرة كما حكاه الماوردي وغيره وابي علي الطبري كما حكاه القاضي
ابو الطيب وكذا ابن الصلاح ونسبه الى التلقين وبه جزم القاضي الحسين
وقيل لا يقطع لان يده ثابتة عليه ولهذا لو وجد اللقيط وعليه مال كان له واذا
كان كذلك لم يقطع كما لو سرق جملا وعليه صاحبه وهذا هو الصحيح عند الجمهور
وقال ابو الطيب انه الذي قال به الباقون يعني من الاصحاب غير الطبري وخص
الدبيلي من اصحابنا في ادب القضاء له محل الوجهين بما اذا انتزع الحلي من الصبي وقال
اذا لم ينتزعه لا قطع عليه قولا واحدا وصور الامام المسئلة بما اذا كان الصغير نائما
او مربوطا عند الجمال وقال ان الوجهين يجريان وان نبابه في غير صورة السرقة هل تدخل
تحت يد غاصبه وحامله ام لا وهذا يقتضي اجراء الخلاف في القطع وان لم يقلع
الحلي منه عليه تفريعا على الثاني منهما قال الماوردي لو اخذ الحلي اخذ مستخف قطع لانه
اخذه من حرزه واشار القاضي الحسين الى طرف من هذه الحالة حيث قال وقيل ان
اخرجه من الحرز ثم سرق الحلي منه لا قطع عليه على احد الوجهين وان اخذ الحلي منه
مجاهرا فان كان للصبي تمييز يعلم به اخذ ذلك منه لم يقطع لانه يصير كالغاصب وان لم
يكن له تمييز يعلم به اخذه منه قطع اما اذا كان الحلي غير لائق بالصبي فان اخذ الصبي من
حرز الحلي قطع وان اخذه من حرز الصبي دون حرز الحلي لم يقطع وعلى هذا يحمل جزم القاضي
الحسين بان الحلي اذا كان طوقا فسرقه لا قطع عليه **فرع** لو كان الحر كبيرا عاقلا
وقد سرقه في حال نومه وعليه ثياب ففي اصل ما ذكره الامام بناء على ان الحر اذا نام
على بعير وعليه امتعته فجاء سارق واخذ بزمامه واخرجه عن القافلة وجعله في
مضيعة فهل يقطع وفيه ثلاثة اوجه ثالثها ان كان الراكب قويا لا
يقاومه السارق لو انتبه فلا يجب القطع وان كان ضعيفا لا يبالي به السارق

فعليه القطع ولا اعتبار بشد الضعيف فان قلنا لا يقطع في مسئلة البعير
ففي مسئلتنا اولى لان الثياب التي على الانسان ابعد عن يد آخذها من الحمل
الذي يحمله البعير فان ثياب الانسان في حكم جزء منه وان قلنا
بوجوب القطع ثم انبنى على ما لو حمل حرا وحبسه وتلف عليه ثيابه
والمذهب انه لا ضمان والعبد بعض نقله المذهب فجرى وجهان في يد
الغاصب تثبت على الثياب فعلى الاول لا قطع وعلى الثاني ان كان
المحمول ضعيفا ثبتت السرقة ووجب القطع وان كان قويا ففي السرقة وجهان
والظاهر وان ثبت ايجابه عدم القطع آخر لو سرق عبدا مطيقا ان كان
نائما فقطع صغيرا كان وهذا ما قاله القاضيان ابو الطيب والحسين
وابن الصباغ والامام فيما اذا كان النائم قويا لا يقاومه السارق لم
انتبه نظرا الى عدم القطع مع جزمه بدخوله في ضمانه بذلك ووجهه بان
مثل هذا العبد محرز بنفسه فاذا احتمله ضعيف باحتيال فيلبس
مشتهيا من صون الى ضياع وعلى ذلك جرى الغزالي في الوسيط وجزم في الوجيز
بعدم القطع قال الامام ونفسيا من هذا ان من جلس بين يديه حيث لا
مستغاث بجانب البيت ومتاعه ملحوظ فاستغفله ضعيف واخذ المال
ولو شعر به صاحب المتاع لطرده فهل نقول هذا المال يعد ضائعا بالنسبة الى
القوي فلا قطع على آخذه وان كان ضعيفا ام نقول يختلف الحكم بحسب اختلاف
الآخذين والذي الظاهر عندنا الثاني كما ان اصل الاحراز يختلف باختلاف
اصناف الاموال ولو كان العبد مستيقظا فان كان صغيرا لا تمييز له قطع ولا
فرق بين ان يحمله او يدعوه فيتبعه لانه لا تمييز له كالبهيمة تساق وتقاد
قال الرافعي ويجيء فيه الخلاف الذي ذكرناه في نشر البهيمة وحرزه دار سيده
او فناؤها سواء كان وحده او كان يلعب مع الصبيان فلو بعد عن ذلك او دخل
سكة اخرى فهو ضائع ان لم يكن معه حافظ والمجنون والاعجمي الذي لا تمييز له كالصغير

الذي

الذي لا تمييز له وان كان العبد صغيرا مميزا فان سرقه نائما
او مضبوطا محمولا فهو كغير المميز وان اخذه بالسيف حتى خرج من الحرز
ففيه وجهان اصحهما لا قطع لانه فارق الحرز بفعله باختياره فالوجه انه
حتى فارقه فانه لا قطع عليه والثاني يجب كما لو ساق البهيمة بالضرب
وهذا ما اورده البغوي وان كان بالغا عاقلا له تمييز فلا قطع ان كان
قويا لان حرزه قوته وهي معه وان سرق المعير مال المستعير من الحرز
المعار فالمنصوص اي في المختصر انه يقطع لانه احرز ماله بحرز حق
قطع السارق منه وان كان الحرز له كما لو سرق الآجر مال المستاجر من
الدار المستاجرة فانه يجب عليه القطع وجها واحدا وقيل لا يقطع فان
المستاجر ملك منفعة الدار والمستعير لم يملك ما شاكلها وللمعير حق
الرجوع في العارية متى شاء فكان ذلك شبهة في درء الحد القطع وقد اطلق
السنجي حكاية هذا الوجه كما اطلقها الشيخ وقال القاضي ابو الطيب وابن الصباغ
والفوراني وتبعه صاحب العدة هذا اذا نوى الرجوع عند النقب فاما اذا لم
ينو قطع وجها واحدا قال ابن الصباغ وحمل قائله وهو المروزي كما قال
الماوردي النص على هذه الحالة وفي تعليق القاضي الحسين والنهاية وما اخذ منهما
حكاية الوجهين مع المنصوص وجعلوا في المسئلة انه وجه بالنهاية ان قصد به
الهتك قال الامام قال القاضي بان دخل نهارا لم يقطع وان لم يقصد الهتك كان
بان دخل بالليل ونقب الجدار قطع ويجوز ان يختلف الحكم بالقصد وعدمه
كالمسلم اذا دخل دار الحرب متلصصا فوطئ حربية ان قصد به قهرها وتملكها
لم يلزمه الحد وان احبلها صارت ام ولد له ويثبت النسب وان لم يقصد به
تملكها وقهرها كان زانيا ولو احبلها لا تصير ام ولد ونسب الامام هذا
الى القفال والصحيح عند الاصحاب ومنهم القاضي ابو الطيب وابن الصباغ
وصاحب الكافي القول المنصوص وبه قال ابن ابي هريرة قال القاضي الحسين
ومن قال به نزيف التفصيل بان المعير وان جاز له الرجوع في العارية

فبعد الرجوع فيها يلزمه ان يمكث ريثما يفرغ المستعير الدار عن امتعته
ويجري الوجهان الاولان فيما لو سرق الاجير مال المستاجر من الدار المستاجرة
بعد انقضاء مدة الاجارة والمشتري مال البائع من الدار المبيعة قبل القبض
وقبل امكان نقلها وبعد توفير الثمن واصحهما في هذه الحالة في التهذيب
والكافي عدم القطع اما اذا كانت السرقة قبل نقد الثمن قطع وجها واحدا
تنبيه عدول الشيخ عن قوله وان سرق المعير مال المستعير المحرز بما
استعاره الى ما ذكره لان هذا اللفظ يدخل فيه ما اذا اعاره قميصا فلبسه
المستعير فطر المعير جيبه واخذ المال فانه يجب القطع قال الرافعي ولا
يكاد يجيء فيه الخلاف وكذا يدخل فيه ما اذا اعاره عبدا للحفظ او لرعي
الغنم ثم سرق مما يحفظه غلامه نصابا وللاصحاب في هذه الصورة طريقان
حكاهما الامام احدهما طرد الخلاف السابق والثاني القطع بوجوب القطع
لان الاحراز هنا بملاحظة العبد لا بنفس العبد المملوك فلعل الشيخ راى هذه
الطريقة **قال** وان سرق المغصوب منه مال الغاصب من الحرز
المغصوب فقد قيل يقطع لانه سرق مالا شبهة له فيه من حرز مثله وقيل
لا يقطع لان هذا ليس حرزا بالنسبة اليه لانه يجوز له دخوله لانه محض
حقه لا حق للغاصب فيه وهذا ما اورده الماوردي والقاضي ابو الطيب
والبندنيجي وابن الصباغ وكذا الفوراني والامام وصاحب الكافي والرافعي
وادعى الامام انه مما لا يشك فيه اصحابنا ولم ار ما يخالفه في شيء مما وقفت عليه
بل جزم بعضهم بعدم القطع ايضا فيما لو كان السارق من الحرز المغصوب
اجنبيا ومنهم القاضي ابو الطيب والماوردي وابن الصباغ ووجهوه بان
يد الغاصب ثابتة على هذا الحرز بغير حق ولم يكن لها حكم فكان وجودها
هتك الحرز وعدمه سواء وبعضهم حكى الخلاف في قطع الاجنبي وجعل
القاضي الحسين في جوابه هو الظاهر وحكى الرافعي عن بعضهم انه تشبه الى

النص

النص لكنه صحح المنع لما ذكرناه ولاجل ما ذكرناه صور الجيلي مسئلة
الكتاب بما اذا غصب انسان حرزا من شخص ومالا من اخر ووضعه
في الحرز المغصوب مع مال نفسه فسرق المغصوب منه المال مال
الغاصب من الحرز المغصوب ولا اشك في جريان الخلاف في هذه الصورة
لكن بطريق الاولى لابتنائه على اصلين احدهما ان الاجنبي اذا سرق مال الغاصب
من الحرز المغصوب هل يقطع ام لا والثاني انه اذا غصب من شخص مالا
ووضعه مع ماله في حرز نفسه فنقب صاحب المال الحرز وسرق ماله
المغصوب منه ومال الغاصب وهو نصاب فهل يقطع وفيه ثلاثة اوجه
حكاها في المهذب ثالثها ان كان ما سرقه من مال الغاصب متميزا عن ماله
قطع وان كان مختلطا به لم يقطع وفي تعليق البندنيجي والقاضيان
ابي الطيب والحسين والشامل الجزم بعدم القطع عند الاختلاط وحكاية
الوجهين في حالة التميز احدهما لا يقطع وهو الاصح في تعليق ابي الطيب والكافي
والمختار في المرشد لان له هتك الحرز واخذ مال نفسه ولم يجب عليه بما
اخذه من مال الغاصب قطع لكونه اخذ من حرز مهتوك وهذا قول ابي اسحق
والثاني وهو قول ابن ابي هريرة انه يقطع لانه لما اخذ مال الغاصب علمنا
انه هتك الحرز لذلك لا لاجل اخذ مال نفسه فلزمه القطع كما لو اخذ مال
الغاصب دون مال نفسه كذا قاله ابن الصباغ وفي النهاية ان الوجهين
جاريان فيما اذا اخذ مال الغاصب ولم ياخذ مال نفسه فاذا تقرر ذلك فان
قلنا ان الاجنبي اذا سرق مال الغاصب من الحرز المغصوب لا قطع عليه
فهاهنا اولى وان قلنا يقطع فهاهنا وجهان ان اجرينا الخلاف فيما اذا
اخذ مال الغاصب خاصة قطع وعلى كل حال فمن يحقق الخلاف فيها لكن [والا]
هذه الصورة ليست بظاهرة من كلام الشيخ **فروع** اذا نقب المودع الحرز
الذي فيه الوديعة واخذها فلا قطع عليه وكذا لو اخذ من مال المودع نصابا

وهو مانع للوديعة وان كان غير مانع لها فالذي اطلقه الجمهور وجوب
القطع وفي الحاوي حكاية وجهين فيه اصحهما وهو قياس قول ابي اسحق
كما قال لا يقطع لان الحرز انما هو لوديعة شبهة والثاني وهو قياس
قول ابن ابي هريرة يقطع لانه متعدي بشيل الحرز واخذه منه ما لا
يستحقه ش اذا سرق من له دين على انسان من مال المديون نصابا فظاهر
النص في المختصر انه لا يقطع وبهذا الظاهر اخذ بعض الاصحاب كما
حكاه ابن كج والاظهر وبه قال الجمهور انه ينظر فان لم يكن المديون
مماطلا بل كان باذلا قطع وان كان غير باذل لما عليه وعجز عن اخذه واخذ
قدر دينه فلا قطع اذا قصد بالاخذ استيفا عن دينه كما صرح به في
الكافي والرافعي وعليه حمل نص الشافعي ولا فرق بين ان يكون المال من جنس
دينه اولا كما هو احد الطريقين وهو الاظهر في النهاية وقيل اذا اخذ
قدر دينه من غير جنسه قطع بنا على منع اخذه عند الظفر كما سياتي
ولو قصد السرقة دون اخذه في دينه قطع قاله في الكافي وان اخذ اكثر
من دينه قال ابن الصباغ فهو كما ذكرنا في المغصوب منه اذا سرق اكثر
من المغصوب ولو كان مماطلا لكن رب الدين يقدر على اخذه بالمطالبة
فالمذهب في تعليق القاضي الحسين القطع بالقطع ش اذا سرق مستحق
الزكاة نصابا من مال من عليه الزكاة ان قلنا الزكاة تتعلق بالعين فلا
قطع وان قلنا بالذمة فهو كما لو سرق من مال المديون قاله في الكافي ش
اذا وهب منه شيا ولم يقبضه له فنقب وسرقه لم يقطع على الاصح في
الكافي بخلاف ما لو اوصى له بشي فسرقه قبل موت الموصي فانه يقطع لان
تمام الوصية بالقبول ولم يوجد وتمام الهبة بالقبول وقد وجد بخلاف ما لو
سرقه بعد موت الموصي وقبل القبول فالاصح انه لا يقطع ش وان سرق
الاجنبي المال المغصوب من الغاصب او المسروق من السارق فهل

يقطع

يقطع لانه اخذ المال من حرز مثله وهذا ما افهم كلام ابن الصباغ
ترجيحه وعلى هذا فالخصم في قطع هذا السارق المالك دون
الغاصب والسارق الاول وقال الماوردي عندي ان كل واحد من
المالك والغاصب والسارق خصم ش وقيل لا يقطع لانه اخذ من حرز
لم يرضه المالك وهو في يد بغير حق وهذا اصح في البيان وعند النووي
والظاهر في تعليق القاضي الحسين والوجهان جاريان كما قال في التهذيب
والكافي سوا علم السارق بانه مغصوب اولا وقد اشار الغزالي
وامامه الى بنا الخلاف المذكور على ان غير المغصوب منه من الاجانب
هل له انتزاع المال من يد الغاصب بطريق الحسبة لمالكه ام لا وفيه
خلاف تقدم فان قلنا نعم لم يقطع والا قطع وفي الكافي انه لو اخذه ليرده
الى مالكه لم يقطع قولا واحدا ويجري الوجهان ايضا كما حكاه الرملي في
ادب القضا له فيما اذا اشترى طعاما شرا فاسدا وقبضه فسرقه
منه سارق **قال** وان سرق مالا له فيه شبهة كمال بيت المال اي اذا
سرقه مسلم قبل افرازه لطايفة كما سياتي سوا كان غنيا او فقيرا ش والعبد
اذا سرق من مولاه والاب اذا سرق من ابنه والابن اذا سرق من ابيه
والغازي اي من المسلمين او الكفار اذا كان له رضخ او من الاحرار او
العبيد اذا سرق من الغنيمة قبل القسمة والشريك اذا سرق من
المال المشترك اي المحرز عنه ش لم يقطع جمع الشيخ بين هذه المسايل في
الحكم لاشتراكها في علته وهي الشبهة روى الترمذي عن عايشة قالت قال
النبي صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج
فخلوا سبيله فان الامام لان يخطي في العفو خير من ان يخطي في العقوبة
وروي ادروا الحدود بالشبهات والشبهة في المسالة الاولى وهي سرقة
مال بيت المال كونه مرصدا لحاجات الناس والفقير يستحق عليه منه

والغني يعطى منه ما الزمه بسبب حمالة تحملها لطفي نار الفتنة وقد
احتج لمنع القطع فيها بما روي ان رجلا سرق من مال بيت المال فكتب
بعض عمال عمر اليه بذلك فقال لا قطع عليه ما من احد الا وله فيه
حق وروى الشعبي ان رجلا سرق من مال بيت المال فبلغ عليا ذلك فقال
ان له فيه شيئا ولم يقطعه وقد اشتهر ذلك ولم ينكر احد قال الاصحاب
ولا فرق في ذلك بين ان يكون من الصدقات او المصالح ووراءه طريقان حكاهما
الفوراني والرافعي احدهما وينسب الى رواية القفال انه يقطع بكل حال
والثاني وهو ما اورده الماوردي وصححه الرافعي انه ان كان السارق صاحب
حق في المال المسروق منه فلا قطع كما اذا سرق الفقير من مال الصدقات او الغني
او من مال المصالح وان لم يكن صاحب حق كالغني اذا سرق من مال الصدقات
قطع وان سرق من مال المصالح فوجهان احدهما يقطع كالصدقات واصحهما
لا لانه قد يصرف ذلك المال الى عمارة المساجد والرباطات والقناطر فينتفع
بها الغني والفقير اما اذا كان السارق ذميا فالمشهور وبه قال صاحب التقريب
والعراقيون انه يقطع لانه مخصوص بالمسلمين ولا نظر الى انفاق الامام على
الذمي عند الحاجة لانه انما ينفق للضرورة بشرط الضمان وكذلك لا يسقط
القطع كما في المسلم ولا نظر الى انتفاعه بالقناطر ونحوها لانه ينتفع بها تبعا
من حيث انه قاطن في دار الاسلام وفيه وجه حكاه المراوزة انه لا قطع عليه
اذا سرق من مال المصالح كما لا قطع على الغني المسلم فانه قد ينتفع وهذا ما
ارتضاه صاحب التهذيب وقد وافق هذا القائل على وجوب القطع عليه
اذا سرق من مال من لم يخلف وارثا من المسلمين لانه ارث للمسلمين خاصة ولو
كان المسروق مما افرز لطائفة كاليتامى وذوي القربى والفقراء فيشبه ان
الخارجين يملكونه قطع ويلتحق بذلك الكفن اذا اخرج من بيت المال والشبهة
في المسألة الثانية وهي سرقة العبد من مولاه انه يستحق النفقة عليه ويده

يد سيده

(هامش: من ماله)

(هامش: [illegible])

يد سيده بدليل ان ما في يد العبد اذا ادعاه مدع كان القول قول
السيد وقد احتج لذلك بما روى السائب بن يزيد قال شهدت عمر وقد جاءه
عبد الله بن عمرو الحضرمي بغلام له فقال ان غلامي هذا سرق فاقطع يده
فقال عمر ما سرق فقال سرق مرآة امرأتي قيمتها ستون فقال ارسله
لا قطع عليه خادمكم سرق متاعكم ولانه لو سرق من غيركم قطع وكان
ذلك بمحضر من الصحابة ومثله ينتشر ولم ينقل مخالف فكان اجماعا ومع
هذا فقد خالف ابو ثور ورأى وجوب القطع عليه لظاهر الاية وحكم المدبر
والمكاتب وام الولد ومن بعضه حر من رق وان قل اذا سرق من مال سيده
حكم العبد وفي العبد مكاتبه لثبوت رقه عليه قاله الماوردي وعليه جرى
الروياني وصاحب التلخيص في المكاتب وحكى الرافعي وغيره فيه وجهين لاستقلاله له
باليد **فرع** من له من عبد بعضه وما فيه حر اذا سرق مما جمعه العبد بحريته
نصابا هل يقطع قال القفال لا لان المال لجميع البدن والقطع بماله بوجه
وله في يد المسروق منه شبهة فهو كسرقة مال الابن او الاب وقال الشيخ ابو علي
عندي انه يقطع لانه لا شبهة له في ذلك النصف وهو ما ملكه ملكا تاما
حتى يلزمه الزكاة والتعذر منه هذا قاله القاضي الحسين في التعليق والقاوي
وقال انه يلتفت الخلاف على انه لو مات حيث يكون ماله لسيده ام لا ان قلنا
يكون له فلا قطع والاصح والشبهة في المسألة الثالثة والرابعة وهما
اذا سرق الاب من ابنه او الابن من ابيه ما بين الاصول والفروع من الاتحاد
ويكون مال كل واحد من النوعين مرصدا لحاجة الاخر ومن جانب ان لا يقطع
بسرقته ذلك المال وبالمعنى الاول حصل الفرق بين سقوط القطع عنهما
وان كانا غنيين وبين الغني اذا سرق مال بيت المال على رأي من اوجب القطع
عليه لانه لا اتحاد ثم وحكم الامهات والبنات فيما ذكرنا حكم الاب والابن
وكذا حكم الجدات والاجداد من الطرفين واولاد الاولاد وان سفلوا المعنى

الذي ذكرناه وقد خالف ابو ثور فاوجب القطع على الجميع لظاهر الاية
والسنة فى المسئلة الخامسة وهى اذا سرق الغازى من الغنيمة قبل القسمة
انه ان كان ممن له فى الاخماس الاربعة حق وهو اى خمس خمسها وهو
سهم المصالح وهو غير متميز فان ذلك شبهة كالمال المشترك وقد روى
ان رجلا سرق من خمس الخمس فلم يقطعه على ولا مخالف له كما قال الماوردي
فكان اجماعا وان كان ذميا او عبدا فله فى المال او فى اربعة اخماسه او فى
خمسه حق الرضخ ولو كان الكافر ممن لا حق له فى الرضخ كالمستاجر قال القاضي
الحسين فاذا سرق قطع كما لو لم يكن غازيا اما اذا سرق منه بعد القسمة
فان كانت قسمة الخمس من الاخماس الاربعة لا غير نظر فان سرق من الخمس
لم يقطع لانه ان كان حرا مسلما فله فيه حق وان كان كافرا او عبدا وقلنا الرضخ
من خمس الخمس فكذلك وان قلنا الرضخ من الاخماس الاربعة فذلك محتمل
فيه وجهان الاختلاف شبهة من اسار اليه القاضي ابو الطيب وصرح به
السبكي وبحث فيما اذا كان حرا مسلما استغنينا بما ذكرناه من قبل وان
سرق من الاربعة الاخماس من لا يباينه ان الخلاف فيه كالوسرق الشريك من
المال المشترك لعبد ذكره من غيرها انظر فان سرق قدر نفسه او
اقل او اكثر ولم يبلغ الزيادة عليه نصابا لم يقطع لامرين احدهما ان له
شبهة فى هتك الحرز وعلى هذا اذا كان الزائد قدر نصاب لا قطع ايضا
كما هو الاظهر من الوجهين عن الرافعي والمختار فى المرشد والمذهب فى
تعليق السبكي والثاني ان له شبهة فى اخذ قدر حقه فاذا المهزد عليه
او نقص عنه فالشبهة موجودة واذا زاد ما لم يبلغ نصابا لم يوجد شرط
القطع فيما اسقطت الشبهة فيه وعلى هذا اذا بلغت الزيادة نصابا قطع
كما قيل كمسئلة السرقة من المال المشترك وقيل لا قطع وان قطع فى المال
المشترك لان حق كل واحد من الغانمين متعلق بجميع المغنم لانه يجوز ان

يعوض

يعوض الباقون فيكون الكل له اما اذا افرز لكل شخص حقه وملكه
قطع ولو سرق غير الغانمين من الغنيمة فان كان ممن له فى الغانمين
ولد او والد او مملوك او زوج وقلنا لا يقطع احد الزوجين بمال الاخر
كما سياتي فهو كسرقة احد الغانمين على التفصيل السابق وان لم يكن
له فى الغانمين احد من المذكورين فان كان قبل افراز الخمس فهو كالوسرق
مال بيت المال وهو ان كان بعد افراز الخمس وسرق من الخمس او من خمسه
وهو سهم المصالح وان سرق من اربعة اخماس الغنيمة قطع وان سرق من
اربعة اخماس الخمس فان كان من اهل استحقاق ما سرق منه بصور
بان يكون من ذوى القربى او المساكين او ابناء السبيل لم يقطع وان لم يكن
من اهل الاستحقاق وصححه فى الحاوى والرافعي واصحهما وجوب القطع وبه
جزم القاضي كما اذا سرق من اربعة اخماس الغنيمة ووجه مقابله كما قال
الماوردي والرافعي انه قد يصير من اهل الاستحقاق ومن هذا انوحدانه
مرادهما ما اذا سرق من سهم المساكين او ابناء السبيل واما اذا سرق من
سهم ذوى القربى فلا لانه لا يتصور ان يصير منهم والشبهة فى المسئلة
السادسة وهى اذا سرق الشريك من المال المشترك كون كل جزء يجوز النظر
اليه له فيه حق فانتهض شبهة دافعة للقطع كما ان وطئ الجارية المشتركة
لا يوجب الحد قال الاصحاب ولا فرق على هذا بين ان يكون للسارق دينار
ولشريكه الف وقد سرق الجميع او البعض وهذا هو الصحيح قال الامام
وميل معظم الاصحاب اليه وتقل فى المسئلة قول اخر انه اذا سرق من نصيب
الشريك قدر نصاب القطع ولن يحصل سرقة نصاب من نصيب الشريك
الحكاية عن اكثرهم انه ان كان المال بينهما بالسوية فاذا سرق نصف
دينار وما صاعدا فقد سرق من مال الشريك نصابا وان كان ثلثاه للسارق
فاذا سرق ثلاثة ارباع دينار فصاعدا فقد سرق منه نصابا قال المحلي وهذا

الغانمين

سرقة مال

وجه

وهذا نسبه ابن الصباغ الى روايه القاضي عن بعض الخراسانيين في المنهاج
وبعد اعتبار هذه المسئله عن سرقه الغانم من الغنيمه بين الاجانب الاربعه فتامل
ذلك وقيل ان نجعل سارقا لنصاب من مال الشريك اذا زاد الماخوذ
على قدر حق السارق بان يكون له في المال نصفه فيسرق النصف وزياده
ربع دينار فصاعدا وان اقتصر على اخذ حصته وهي النصف لا غير في مالنا
فلا قطع لامكان ان يقع جميع الماخوذ في حصته عند القسمه هكذا حكي
عن القفال ومنهم من قال بالوجه الاول اذا سرق المال المشترك مما
يجري فيه الاجبار على القسمه كالثياب وبالوجه الثاني اذا كان المال
المشترك مما يجري فيه الاجبار على القسمه كالحبوب وساير الاموال
المثليه وحمل الخبر على انه يستقل بالقسمه وهي وان كانت فاسده فانها
تصير شبهه دارئه هذا وجه الرافعي والامام قلت ويجوز ان يكون قايله
هو الذي صار الى جواز اخذ ذلك للشريك بدون اذن شريكه وصحح القسمه
كما حكيناه وجها عن روايه الماوردي في احد باب الربا وقد اقتصر الامام على
حكايه هذا الوجه مع الاول من الوجهين وفي النهايه الجزم بوجوب القطع
اذا اخذ من المال المشترك الذي لا يقع الاجبار فيه كالثياب ما يبلغ نصابا
وحكايه الوجهين الاول والثاني فيما اذا كان المال يجبر الشريك على قسمته
بالقرعه كالدراهم والدنانير والحنطه والشعير اما اذا سرق احد الشريكين
من مال شريكه الذي ليس بمشترك فقال القاضي الحسين ان قلنا لا يقطع
احد الزوجين اذا سرق مال الاخر فهل يقطع الشريك والحاله هذه فيه
قولان احدهما لا يقطع لان الغالب انه لا يكون عنه لما بينهما من
الاشتراك والاختلاط فاشبه احد الزوجين وهذا ما اورده الماوردي
عند اشتراكهما في الحرز ومقابله اذا كان في حرز منفرد يختص به
مالكه لعدم الشبهه فيه وان وجبت في غيره وان سرق احد

[illegible]

الزوجين

سرق احد الزوجين من الاخر ما لا يحرز اعنه دونه فهل يقطع
لعموم قوله تعالى والسارق والسارقه فاقطعوا ايديهما ولان
النكاح عقد على منفعه فلا يسقط القطع بالسرقه
كالاجاره وهذا ما نص عليه الشافعي في حق الزوجه في باب اختلاف
ابي حنيفه والاوزاعي وقد يقال له سير الاوزاعي كما عبر به صاحب
الحاوي ولفظ الشافعي كما قاله الماوردي والبندنيجي وابن الصباغ
فان سرقت من مال زوجها الذي لم ياتمنها عليه وفي حرز منها قطعت
وهو في الزوج من طريق الاولى وفي تعليق القاضي الحسين والرافعي انه
منصوص عليه فيهما في هذا الكتاب واختاره المزني وصححه البندنيجي
والقاضي ابو الطيب وصاحب الحاوي والرافعي والجمهور وقيل فيه ثلاثه
اقوال احدها يقطع لما ذكرناه والثاني لا يقطع لان لكل منهما شبهه في
مال الاخر فاشبها الاب والابن وشبهه الزوجه انها تستحق النفقه
في مال الزوج وشبهه الزوج كما قال البغداديون وعليه جرى في المهذب
وابو الطيب وغيرهم انه يملك الحجر عليها ومنعها من التصرف في مالها
عند بعض اهل العلم واراد والامام مالك كما صرح به الماوردي وقال
البصريون ان شبهته كونه يستحق منعها من الخروج احرازا لمالها فصار
الحرز معه واهيا ولان كل واحد منهما منبسط في مال الاخر ويرثه اذا مات
ولا يحجب فلم يقطع بسرقه ماله كالوالد والولد وهذا ما حكاه المزني في
المختصر هنا والثالث يقطع الزوج دون الزوجه لانه لا حق له في مالها
وهي لها في ماله حق النفقه والكسوه فهما سواء كالاب والابن بل اولى
لان استحقاقها ناجز واستحقاق الاب والابن قد يكون متاخرا لغناه
وهذا ما حكاه الجرجاني في شرح التلخيص عن الشافعي واختاره في المرشد
وحكى الفوراني ان بعض الاصحاب قال به وحمل التفصيل ان يقتصر على

وقع

الحالين اللذين ذكرهما وهذه طريقة اخرى وهي بعيدة لان العطف الثاني
في سير الاوزاعي كالمصرح في قطع الزوجة والعطف في المختصر صريح في
الزوج فانه قال ولا اقطع على زوج سرق من مال امرأته ولا على امرأة
سرقت من متاع زوجها فيتعين حمل ذلك على ما ذكرتم الذي قاله
اصحاب الطريق الاول حمل الموضع الذي نص فيه على عدم القطع على
ما اذا لم يكن محرزا عن السارق والموضع الذي نص فيه على القطع على ما
اذا كان محرزا عنه حتى وحينئذ فيكون الفرق عندهما ولا بين كون
احد الوالدين او المولودين لا يقطع بسرقة مال من يجب عليه نفقته وبين
الزوج حيث يقطع بسرقة مال زوجته وان وجب عليه نفقتها ان نفقة
القريب تجب لا في مقابلة عوض بل للاحسان فاشبه نفقته لانه يجب عليه
النفقة لها للحياة وليس كذلك في الزوج فان نفقتها معاوضة ولذلك لا تتقدر
بالكفاية ولم تسقط بمضي الزمان فاشبهت الاجرة الذي اورده الامام ابو حامد
رحمه الله يجيء في المسألة طريقة احدها الجزم بقطعهما والثانية حكاية
القولين الاولين وحينئذ يستظهر بما ذكرناه في المسألة طرق احدها القطع
بقطعهما الثانية القطع بقطع الزوج دون الزوجة الثالثة حكاية قولين
فيهما الرابعة ثلاثة اقوال وهي طريقة القاضي ابي حامد كما حكاه القاضي
ابو الطيب عنه وعليها في المهذب وكذا الامام وصاحب الحاوي والرافعي

جرى في

راي في ان ما نسبتها الى القاضي وراي في غيره نسبتها الى القاضي ابي حامد
فظن والله اعلم ان ابن الصباغ اراد القاضي ابا الطيب فنسب الطريقة
اليهما ومحل الخلاف في ذلك اما اذا لم يكن المال محرزا عن السارق بل كان
في حرزهما فلا قطع بلا خلاف فرع من لا يقطع من الزوجين اذا سرق من مال
الاخر لا يقطع عبده اذا سرق منه كما نص عليه الشافعي في المختصر لاثر
عمر الذي في قصة الحضرمي وللشبهة وهي ان يد العبد كيد سيده كما

تقدم

تقدم وبهذا النص جزم العراقيون وكذا الماوردي وطرده فيما
اذا سرق والد كل واحد منهما او ولده من مال صاحبه وكذلك القاضي
الحسين في تعليقه جزم بالمنصوص في عبد احد الزوجين وقال
وقال اصحابنا اذا لم يقطع عبد كل واحد منهما بسرقة مال الثاني

كل واحد منهما

فلا يقطع والده وكذا ولده بسرقة مال الثاني وقد حكاه ابن يحيى عن
ابن القطان وانه قال المسألة فيما اذا كان للرجل امرأتان فسرقت احداهما
من الاخرى ثم قال القاضي الحسين وعلى هذا القياس يجب ان يقال كل شخصين
لا يقطع احدهما بسرقة مال الثاني فمن لا يقطع بسرقة ماله لا يقطع صاحبه
بسرقة ماله ايضا وحينئذ يؤدي هذا الى فساد واراد ما الابتداء واراد
الفساد والله اعلم ان لا يقطع الاخ بسرقة مال اخيه كما في العبد لانه
ابن ابيه وهو لا يقطع في مال ابيه ومال الولد كمال الوالد على هذا او هذا
مما لا خلاف فيه عندنا بل الاخ يقطع بمال اخيه واراد في الابتداء
ان يقال اذا سرق احد الزوجة مال الزوج لا يقطع لانه لا يقطع اذا سرق
مال ابيه وابوه لا يقطع اذا سرق مال الزوجة والزوجة لا تقطع اذا سرقت
مال الزوج وهلم جرا قال القاضي فيجب ان يحمل الكل ويقتصر على ما نص عليه
الشافعي فاما من عداه فيقطع والفرق ان العبد يده يد مولاه بخلاف
بين الوالد والولد وعلى هذا يقطع من جانب كل واحد منهما بسرقة مال الاخر
لان يد المكاتب لا تكون يد سيده وهذا من القاضي يقتضي الجزم بالمنصوص
عليه في العبد كما ذكرناه عنه وقد حكى الامام الحكم المنصوص عليه كما
ذكرناه في ضمن كلام حكاه احسن قال قال الاصحاب كل من لا يقطع
بالسرقة من مال انسان فلا يقطع عبده بالسرقة من ماله ايضا فاذا
لم يقطع الزوج في مال الزوجة لم يقطع عبده في سرقة مالها وكذلك
القول في سرقة عبد الانسان من مال والده او ولده هكذا الصيدلاني هذا
مقطوعا عن القفال ثم قال من عند نفسه يعني الصيدلاني الصحيح انه يقطع

العبد وان كان لا يقطع بسببه فان للسيد شبهة النفقة اذا وقع
الفرض في الوالد والمولود وليس لعبده شبهة النفقة في مال
ولده ثم قال ولو كنا لا نقطع عبد الوالد في مال الولد لان مال
ولده كماله للامام يقول لا قطع على الاخ بسرقة مال اخيه قال
الامام وهذا الذي ذكره متجه لا دفع له الا بتمويه سنشير
اليه وحكي عن القاضي الحسين انه قال اذا لم يقطع احد الزوجين
في مال الثاني لم يقطع عبد واحد منهما في مال الثاني وحيث
لا يقطع ولد احدهما في مال الاخر وان كان ربيبا وهذا اصح فان
القول به يلزم اسقاط القطع عن الاخ اذا سرق مال اخيه ثم قال
الامام وليس هذا الزاما بل هو عين ما قال به لورود التوزيع الى الوالد
والولد فان ابن الابن اقرب الى الولد من ابن الزوج وهو ينسب الى الزوجة
وهذا غلط صريح قلت وما حكاه عنه مخالف لما هو في تعليقه لان مساق
كلام القاضي الذي حكاه عنه يقتضي مخالفته للنص وايجاب القطع على
عبد احد الزوجين اذا سرق من مال الاخر لانه لما ادعى انه لا قطع على العبد
قال ان مقتضاه انه لا قطع على ولد الزوجين ولا ولده ايضا ومنه
ان مقتضاه ان لا قطع على الاخ اذا سرق مال اخيه وهذا اما لا خلاف
فيه فليكن كذلك عبد احد الزوجين كذلك وقد حكي عنه انه جزم بالمنصوص
وفرق بين العبد وبين الوالد والولد بما ذكرناه ثم علل بعد التسليم ما ادعاه
من المناقضة التي ابداها الامام وغلطه لاجلها غير ظاهر بل اقول
يظهر ان يكون ما ذكره القاضي هو الصواب لا نحكي عن الاصحاب كما
نقلنا عنه وحكاه الماوردي ايضا الحكم فيما لو اجتمع قطع والواحد
الزوجين او ولده اذا سرق من مال الاخر وجزموا بان الاخ يقطع
بسرقة مال اخيه فاراد بما ذكره ابطال النص في عبد احد الزوجين

وابطال

اجره

وابطال قول الاصحاب في والده وولده وهذا المقصد لا يحصل
بما ذكره الامام **قال** وان سرق رتاج الكعبة قطع لانه مال يقوم بالبدل
وبالاتلاف وللامام المطالبة به فيقطع سارقه كساير الاموال
ولان القطع حق الله تعالى واذا وجب في حقوق الادميين فاولى ان
يجب في حقوق الله تعالى لان تحريمها اغلظ لتحريم ملكها والرتاج بكسر الراء
مكسورة وبالتاء المثناة الحروف وجيم الباب كما قاله النواوي وكذا الرتج
بفتح الراء والتاء وفي تعليق القاضي الحسين وغيره انه غلق بابها وهو
الاشبه بكلام الشيخ لانه ذكر باب المسجد بعده ولا فرق بينه وبين باب
الكعبة فلو كان الرتاج هو الباب لكان فيه تكرار وقال القاضي الحسين في باب
النذر انه قيل انه الستر **قال** وان سرق باب المسجد او بابه قطع لما
سبق وهكذا الحكم فيما اذا سرق جذعه او سارية او اجره المتصل
وادعى الامام الطلاق والاصحاب توافقه على ذلك وابدى الفقيه تخريج وجه مما
ستذكره من عدم القطع في المسولدة لنقص الملك فيهما بسبب بعض
بعض التصرفات ومن عدم القطع في سرقة حصر المسجد وقناديله
لكونها متعلق حقوق المسلمين فيشابه مال بيت المال وكلام
الماوردي يشير الى حكايته عن ابن ابي هريرة فانه قال عند الكلام في
سرقة الموقوف ومذهب ابي حنيفة انه لا قطع فيه بحاله في الة المساجد
واستار الكعبة وكان ابن ابي هريرة سوى بينهما والصحيح الاول واذا
ثبت القطع بسرقة هذه الاشياء من المسجد مع كون السارق له فيه
شبهة الانتفاع فثبوته في سرقته من املاك الادمي المحصنة اولى
وقد صرح به الاصحاب حتى في حلق الباب كما ادعى عن ابي اسحق وجوب القطع
فيها اذا كانت مسمرة لان ذلك حرز مثلها في العادة وحكم ابواب الخزاين
عند ابي اسحق حكم المتاع في الدار ان كان باب الدار مغلقا فابواب الخزاين

ار ح

في حرز معلقة كانت او غير معلقة وان كان باب الدار مفتوحا فان كانت ابواب الخزائن معلقة فهي حرز وان كانت غير معلقة فليست محرزة اي ان يليلا او في الليل اذا احد كذا حكاه السبكي والقاضي الحسين عنه والثاني لا بواي لم وارد مشتق من الازار يقال اوزرته تازيرا فتازر وهو كما قال النووي ما يتزر به اسفل جدار المسجد وغيره من خشب وغيره وفيه منه ما حكاه ابن يونس انه ما عقد من الجبل المطول المعرض بالمسامير مثل ما يجعل بالستور من اركانها وذلك عند الحجر وما حواليه وحكى تفسيرين اخرين احدهما انه الحلق التي تشد بها اذيال الستور والثاني وهو معزي الى تفسير المزني انه الناذروان وصوبه الكرهي في ذلك وقد اطبق الاكثرون على قطع السارق لستارة الكعبة المخيطة عليها وحكاه القاضي ابو حامد عن النص في القديم ورواه السبكي وابن الصباغ عن رواية الحارث بن سريج البقال عن ان فيه وحكوه عما روي الحسن البصري ان اول من صلب في الاسلام رجل من بني عامر بن لوي سرق قميص الكعبة فصلبه النبي صلى الله عليه وسلم وروي ان سارقا سرق في عهد عثمان قبيطة منبر النبي صلى الله عليه وسلم فقطعه ولم ينكر عليه احد وعن جانب ابن كج ان حوله الحديد والاصح انه لا قطع بسرقته لانه ليس له مالك معين فاشبه مال بيت المال وهذا يخالف ما قاله السبكي في الضبوس وعدم القطع قد حكاه الماوردي عن ابن ابي هريرة لضعف الشبهة فيقوى الوجه الذي ابداه الامام

قال وان سرق القناديل او الحصر فعلى قيل يقطع لانه سرق مالا معصوم بالبدو والتلاف لاما لا له معين فقطع كما لو سرق ستار الكعبة وبابها وهذا ما قاله الصحيحين وجزم به الفوراني في القناديل وفي تعليق القاضي الحسين انه اختيار الشيخ في الصورتين وقيل لا يقطع اي اذا كان مسلما لان ذلك وضع لمصلحة المسلمين فجاز له فيه حق فلم يقطع به كما لبيت المال

وهذا

وهذا قول البغداديين من اصحابنا واختاره في المرشد ولم يورد المصنف وابو الطيب وابن الصباغ والسبكي سواه وعن الروياني في جمع الجوامع انه ادعى انه لا خلاف بين الاصحاب في عدم القطع بسرقة الحصر والبواري وادعى القاضي الحسين في موضع اخر من كتاب السرقة الاجماع على انه لا قطع فيما يراد للمنفعة مثل الحصر والبواري والقناديل ومحل الكلام كما قال الماوردي فيما اذا كانت معدة للاستعمال وصرح به القاضي الحسين ايضا اما اذا كانت موضوعة للزينة فقطع وبهذا جزم صاحب الكافي مع جزمه بعدم القطع فيما اذا كانت معدة للاستعمال وحكى الماوردي عن ابن ابي هريرة انه قال بعدم القطع وعليه ينطبق ما ذكره الامام فانه حكى في وجوب القطع بسرقة حصر المسجد وجهين وعن العراقيين انهم قالوا اما يظهر الانتفاع به فالظاهر انه لا قطع على سارقه للاشتراك وما اثبت في المسجد للزينة كالقناديل التي يزين بها المساجد ففيها وجهان فاستثم من ذلك ابدانه اوجه بالنهاية الفضل بين ما ينتفع به فلا قطع وبين ما للزينة فيقطع ولا خلاف في ان الذمي يقطع بسرقة ذلك

قال وان سرق الطعام عام السنة اي عام القحط ومنه قوله تعالى ولقد اخذنا ال فرعون بالسنين والطعام مفقود لم يقطع لانه روي عن عمر انه قال لا قطع في عام المجاعة ولانه كالمضطر والمضطر اذا سرق الطعام الممنوع لا قطع عليه كما قاله القاضي الحسين وغيره قال وان كان موجودا اي يبذله صاحبه وهو قادر على ثمنه وان كان بثمن غال قطع لانه لا يوجد من مالكه فهو فاشبه غير عام السنة فاما اذا لم يقدر على شرائه لغلائه وعدم ثمنه قال المجلي فهو كعدم الطعام فلا يقطع قال وان سرق شيئا موقوفا اي على غيره مثل ان يكون موقوفا على الفقراء وهو غني او على بني فلان وليس هو منهم فعلى قيل يقطع اي سواء قلنا ان الملك فيه لله تعالى او لغيره لانه

وردي

وحكاه عنهما

عن منه

عين يتعين بالبيع وجب فيها القطع كالاعيان المطلقة وهذا
ما ادعى الماوردي انه ظاهر المذهب وهو المختار في المرشد والاصح
في النهاية والكافي وفي الابانة وقيل لا يقطع اي سوا قلنا انه لله سبحانه او
لغيره اما اذا قلنا انه لله تعالى فبالقياس على الصيود وان قلنا انه لغيره
فلشبهة الاقتضاء لانه لا يملك الا بعد قبضه ومن شرط القطع تمام الملك
وهي طريقة الشيخ وغيره وفي الحاوي حكاية وجه ثالث انه لا يقطع
ان قلنا ان الملك فيه لله وان قلنا لغيره قطع وفي النهاية حكاية طريقة اخرى لم
يورد القاضي الحسين سواها وهي ان قلنا ان الملك لله تعالى ففي القطع
وجهان كالوجهين في السرقة ام الولد ان قلنا لغيرها او جنينها واصحهما
في ام الولد القطع وهو المختار في المرشد والابانة وان قلنا انه لله تعالى
قطع وجها واحدا كما في ستارة الكعبة وبابها قال الامام وهذا ليس يستقيم لان
صاحب التقريب اشار الى انه لا يصح القول باضافة الملك الى جهة من الجهات
وهذا الحق اذا قلنا الملك لله تعالى اما اذا سرق شيئا موقوفا عليه فلا قطع
قال الماوردي وكذا اذا سرق ما وقف على وجوه الخير او في عموم المصالح
لانه في حكم مال بيت المال وقال ان الذمي اذا سرقه قطع ايضا لانه تبع
للمسلمين وفي الابانة الجزم بان المسلم اذا سرق حصر المسجد [illegible] قطع
وكذلك قاله البغوي وقال والوجه عندي ان يكون حصر المسجد لانها
لمنفعة الناس [illegible] وانه اذا سرق من ريع الوقف ولم يكن من
جملة المستحقين انه يقطع سواء كان جهة معينة او غيرها قال ابن الصباغ
وهكذا الوقف ان كان موقوفا على الفقراء والسارق غني وليس كما اذا سرق من مال
بيت المال وهو غني لانه يصير ان يصرف اليه مع الغنى بسبب حمالة
ولا كذلك مال الوقف **فرع** اذا سرق شخصا بعضه حر وبعضه رقيق
قال الروياني في ادب القضاء لا قطع عليه لان الحرية صارت شبهة وكذا

حكاه

حكاه الرافعي وطرده في المكاتب لكونه في يد نفسه وفي تعليق القاضي
الحسين حكايته عن القفال في مسألة من بعضه حر انه يقطع كما اذا
سرق ما يقطع فيه ومالا يقطع **قال** ومن سرق عينا اي تبلغ نصابا
واقام عليه البينة على ذلك فادعى انها له او ان مالكها اذن له في اخذها
اي وديعة او لنفسه بان يكون قد وهبها منه وقال بقبضها فالمنصوص
اي في المختصر اي بعد حلف مدعي السرقة لان المدعي للسرقة قد صار
خصما للسارق بدليل انه لو نكل عن اليمين ردت على السارق ولا قطع
فكيف يقطع في مال هو خصم فيه ولان ما يدعيه محتمل والقطع يسقط
بالشبهة وهذا ما قال به اكثر الاصحاب قال القاضي الحسين وابو الطيب
وهذا السارق يسمى اللص الظريف اي الفقيه وقد حكى هذا اللفظ عن الشيخ
الشيخ وابن الصباغ وقيل يقطع اي اذا حلف مدعي السرقة ان الحرز له
ولم ياذن في اخذها لئلا يتخذ ذلك ذريعة لدفع الحد والتسلط على
السرقة وهذا ما حكاه ابو اسحق المروزي عن بعض الاصحاب كما قاله ابو الطيب
وابن الصباغ واختاره كما قال الماوردي ونسبه الشيخ [illegible] القاضي حسين
اليه وانه حمل النص على ما اذا اقام بينة بما ادعاه قال الروياني في الحلية
ولهذا الوجه في زمان الفساد قال القاضي ابو الطيب والماوردي وليس بشيء
لان الحد يسقط بالشبهة وهذه الشبهة بها وبانه لو اقامت البينة عليه
بالزنا بامراة فادعى انها زوجته لم يستوف منه الحد ولا يقال ان
ذلك ذريعة الى اسقاط حد الزنا فكذلك هنا وقد ادعى الماوردي
اتفاقهم على مسألة الزنا وقال في الشامل ان القائل [illegible] السر
بالقطع يلتزم الى الحد فيما ذكروه وقال البغوي وغيره ان الخلاف
يجري فيها ايضا وقال الامام ان ظاهر المذهب والنص فيها عدم
السقوط كما في القطع بناء على ما سلف [illegible] ان الظاهر فيما اذا اقا

منه على ان فلانا زنا بجاريه فلان الغايب يحد ولا ينتظر حضور
الغايب بخلاف مثله في السرقه اما اذا لم يحلف مدعي السرقه وحلف
المدعى عليه السرقه قال الماوردي والقاضي ابو الطيب وابن الصباغ والامام
فلا قطع عليه وحكيا وجها ولم يحكه الا القاضي الحسين وانما يحتاج الى يمين المدعى
عليه اذا ادعى السارق الملك اما اذا ادعى الاباحه فلا يحلف وعلى ذلك
جرى الامام وادعى انه لا يحلف بلا خلاف مع كون القطع ساقط ولو نكل
مدعي السرقه ولم يحلف السارق فالذي اورده البغوي والغزالي يحكي
الخلاف وهو ما ابداه الرافعي احتمالا لنفسه وقال في الشامل يتعذر
يسقط القطع وجها واحدا لان دعواه لم يبطل وحكم دعوى السارق
ان المسروق منه عبد له وهو مجهول النسب او ان الحرز ملكه غصبه منه
المسروق منه حكم ما ذكرناه قد حكاه الشيخ ابو علي في شرح التلخيص وغيره
وكذا اذا ادعى العبد السارق ان المسروق ملك سيده سواء صدقه السيد او
كذبه في الدعوى وبه جزم في الوجيز وهو الذي اجاب به في التلخيص وفي النهايه
وغيرها حكايه وجه فيما اذا كذبه السيد انه يقطع بناء على المنصوص ولو
ادعى السارق نقصان قيمة المسروق عن النصاب لم يقطع فان قامت
البينه على ان قيمته تبلغ تمام النصاب قطع قاله في التهذيب ثم اعلم ان
الخلاف في مسله الكتاب اذا لم يكن في دعوى السارق تكذيب للبينه التي شهدت
بالسرقه بان تكون البينه قد شهدت انه سرق نصابا من هذا الحرز وهو
مما فيه لحين لانسان فان حكم الظاهر ان المسروق مردود على صاحب
اليد فاذا قال السارق ما شهدت به البينه من اني دخلت الحرز واخذت
المال صحيح الا انه كان قد وهب مني قبل السرقه او باعه مني او اباحه لي
فلا قطع على الشهود اعتمدوا الظاهر الحال اما اذا كان في دعواه
تكذيبا للبينه بان قال لم يزل في ملكي وكان قد غصبه مني وقال ما سرقت

اصلا

اصلا ففي سقوط القطع والحاله هذه تفريعا على المنصوص تردد
حكاه الامام وقال في كلام الاصحاب ما يدل عليه وقال الرافعي
قد حكاه ح
وهذا التردد الذي حكاه ابن كج لذلك وقال المذهب انه لا يسقط
وعندي انه يسقط واطلاق عامه الناقلين يوافقه قلت والذي
جزم به الماوردي وابو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ في مسله دعوى
عدم السرقه وجوب القطع وفي مسله دعوى الغصب في الشيء وغيرهما بانه محل
الخلاف وقد يبنى التردد المذكور على ان المدعى عليه بعد قيام البينه بالملك
والسرقه لو قال اعتمد الشهود ظاهر اليد والمدعي يعلم انه ملكي فحلفوه
على نفيه هل يجاب اليه وفيه خلاف والظاهر وهو ما ادعى الغزالي في كتاب
الاقضيه نفي الخلاف فيه انه لا يحلف وعلى هذا لا يسقط القطع وان قلنا انه يحلف
فيتجه ان يقطع بيمين المدعي ويتوجه دفعه **فروع** اذا سرق اثنان فادعى
احدهما ان المسروق ملكه او انه لهما وانكر الاخر واعترف بالسرقه فلا قطع
على المدعي تفريعا على النص وفي المنكر وجهان احدهما ان عليه القطع لانه
مقر بانه سرق نصابا لا شبهه له فيه وهذا هو المذهب عند الامام واصح
في الحاوي وبه قال ابن القاص وجزم الماوردي وابن الصباغ والبندنيجي ونسب
الى القفال انه لا يجب لان المدعي للملك قد ادعى ما لو صدق فيه لسقط
القطع عنهما فصار كما لو قال المسروق منه انه ملكه فانه يسقط القطع
وان كان مقرا بالسرقه نصابا لا شبهه له فيه ولو لم يكذبه الاخر لكنه
قال لا ادري قال في الحاوي يحتمل وجهين اصحهما انه لا يقطع ولو ادعى
احدهما انه ملك شريكي وانه اخذته معه باذنه وانكر الشريك ذلك
فالمنقول في النهايه وغيرها انه يسقط القطع عن المدعي وفي المنكر الوجهان
وجهان
وقرب بعضهم ذلك مما اذا شهد اثنان على انسان بالقصاص فاقتص منه
ثم رجعا فقال احدهما اخطانا وقال الاخر تعمدنا لا قصاص على مدعي الخطا

وفي الاخر وجهان وقال في المهذب بعد حكايه ذلك الاولى ان
يقال يجب القطع على المنكر وفي المنكر وجهان ووجه للقطع انه لا
يدعي لنفسه ملكا انما يدعيه للشريك وهو منكر ونظيره من شهود
القصاص ان يقول احدهما تعمدنا جميعا ويقول الاخر تعمدت انا
واخطا هو فانه قال يجب القصاص على من قال تعمدنا جميعا وفي الاخر
وجهان لانه يدعي الشبهه لشريكه وهو منكر وقد حكى الطريقين
صاحب الحاوي وعلى الاخير ينطبق ما ذكرناه من دعوى العبد الملك
لسيده وقد نبه قال الرافعي وعلى راي الحاوي في مسله العبد بالفرق
ان تعلق السيد بالعبد فوق تعلق الشريك بالشريك الاخر لان يد العبد
يد السيد وملك العبد ملك السيد فجعل دعوى ملك السيد كدعوى
الحر الملك لنفسه د اذا سكت السارق بعد اقامه البينه عليه بالسرقه
وفرعنا على النص في انه اذا ادعى الملك ونحوه لا يقطع فهل يستفصله القاضي
تذريعا الى السقوط بلا الاهام فيه تردد ماخوذا مما اذا اقر بموجب حد
فهل يتسبب القاضي بالرجوع عن اقراره وفيه تردد مسايد د اذا ادعى السارق
انه ظن ان المال الماخوذ ملكه او ملك ابيه او ابنه او ان الحرز ملكه حكى
الغزالي وعدم ايه قطع عليه للشبهه وهو فيما اذا امكن انه ملكه
قياس ما اذا وطى امراه ظن انها زوجته او امته وفيما اذا ظن انه ملك
ابنه ونحوه يشابه ما اذا وطى اجنبيه ظنها جاريته المشتركه وقد حكينا
في هذه الصوره في وجوب الحد ترددا للامام وقد حكى مجلي ما اورده الغزالي
عن بعض الاصحاب عند الكلام في سرقه احد الزوجين مال الاخر وقال
في فرع قبله انه لو سرق نصابا من دار وهو يظن ان الدار داره والمال
ماله يقطع والحق به ما اذا سرق شيا ظن ان قيمته دون النصاب فوجد
قيمته دينارا وهذا ما حكاه في المهذب والعده قال وان اقر له المسروق

منه

منه بالحبس لم يقطع لانه يحتمل ان يكون صادقا فصار شبهه
وهكذا الحكم لو اقر بانه كان قد اذن له في اخذها ولا فرق في ذلك
بين ان يصدقه السارق او يكذبه كما ذكرناه من قبل ولما تشعر به
من كلام الاصحاب ولو اقام المدعي عليه السرقه شاهدا وامراتين او
شاهدا وحلف معه اسقط القطع وان كانت الشهاده بالملك المطلق
قال القاضي لم يسقط لان الاطلاق يقتضي الملك في الحال والظاهر مع
دعواه انه ملكه قبل ذلك فصار شبهه في القطع وفي الجيلي وجه انه لو
اقر بالملك المطلق لا يسقط القطع ويطرد جريانه ان صح في البينه ايضا
وقد رايت ما حكاه الجيلي في كتاب الاسرار للقاضي الحسين قال وان
وهب منه اي بعد الرفع الى السلطان قطع والاصل فيه ما روى ابو داود
عن صفوان بن اميه قال كنت نايما في المسجد على خميصه لي ثمن ثلثين درهما
فجا رجل فاختلسها مني فاخذ الرجل فاتي به رسول الله صلى الله عليه وسلم
فامر به ليقطع قال فاتيته فقلت اتقطعه من اجل ثلثين درهما انا ابيعه
وانسيه ثمنها فقال هلا كان قبل ان تاتيني به وفي روايه انه كان نايما
فجا سارق فسرق من تحت راسه واخرجه النساي وابن ماجه وفي روايه
اخرى اني قد وهبتها له وهي التي اوردها الفقها قال عبد الحق ولا اعلمه
متصلا من وجه يحتج به وعلى هذا يقول الهبه معنى يسقط المطالبه للموهوب
عليه يسقط بها القطع كما لو رد المال ولانه لو زنا بامراه ثم ملكها او تزوجها
لم يسقط الحد عنه لكن هاهنا اما اذا وهب منه قبل الرفع الى السلطان
فظاهر الخبر يدل على عدم القطع لو صح الاحتجاج به لانه يعضده قوله
صلى الله عليه وسلم تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد فقد وجب
اخرجه ابو داود والنساي عن عمرو بن شعيب وعلى هذا اجرى القاضي
ابو الطيب فقال بعدم القطع وانه يسقط وتبعه ابن الصباغ في عدم

لعله عدم

القطع لانه اذا وهبه قبل الرفع لم يكن هناك منازع في المال
ولا مخاصم فيه قال القاضي الحسين جزم بعدم سقوطه وبعدم
القطع لاهل المنازع ومنعه صاحب الحاوي في القطع بعدم السقوط
وكلام الماوردي يقتضي اجرا الخلاف في القطع فانه حكى عنه انه قال
قال اكثر اصحابنا ان المطالبة شرط في استيفا القطع فعلى هذا اسقط
بالهبة لسقوط استيفاوه كالحقوق التي ليس لها مطالب بها **قال** ولا قطع على
من انتهب او اختلس لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس على خاين
منتهب ولا مختلس قطع خرجه الترمذي وقال انه حسن صحيح ولفظ
ابن ماجه في موضع اخر من انتهب نهبة مشهورة فليس منا وفي
موضع لا يقطع الخاين ولا المنتهب ولا المختلس وفرق بينه وبين
السارق بان السارق ياخذ المال في خفية فلا يتاتى منعه فشرع القطع
زاجرا له وهولا يقصدون المال عيانا فيمكن دفعهم بالسلطان وغيره
قال او جحد لانه يعد وان سبق الجحد بزعم المدعي للسرقة اذن في وضع
اليد على المال فهو مقصر حيث وضعه عنده فصار كما لو وضعه في
غير حرز ولانه لم يوجد منه اكثر من جنسه من غير ما له والكذب في
جحوده وليس واحد منهما موجبا للقطع وما رواه ابن عمر ان امراة مخزومية
كانت تستعير المتاع فتجحده فامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت
يدها اجيب عنه بما قال ابن المنذر انها سرقت فقطعها النبي صلى الله عليه وسلم
ويدل على ذلك ما روى ابو داود عن عايشة ان قريشا اهمهم شان
المخزومية التي سرقت فقالوا من يكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ومن
يجترئ عليه الا اسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم فكلمه اسامة
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا اسامة اتشفع في حد من حدود الله
ثم قام فاختطب فقال انما هلك الذين من قبلكم انهم كانوا اذا سرق

فيهم

فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف اقاموا عليه
الحد وايم الله لو ان فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها اوا
البخاري ومسلم وغيرهم وهذا العارية في الحديث انما هو على
وجه التعريف بالمراة لاشتهارها بذلك لا ان القطع بسببها
قال القاضي الحسين وهذا كما قال الجالس وسط الحلقة ملعون
عرف بالجلوس الحلقة **تنبيه** المنتهب من ياخذ المال عيانا
معتمدا بقوته وغلبته والمختلس من ياخذ المال من غير غلبة ويعتمد
الهرب ثم قيل يكون ذلك مع غفلة المالك وقيل مع معاينته وهو
الصحيح والسارق ياخذ في خفية والخاين من يخون في وديعة
ونحوها باخذ بعضها والجاحد من ينكرها **قال** ولا يقطع السارق
اي الحر الا الامام او من فوض اليه الامام لان القطع في السرقة
وان يتعلق به حق الادمي بسبب حفظ ماله فالمغلب عليه حق الله تعالى
والامام هو النايب فيه ولان اعمال السلاح بصاحب الامر اوجب وقد
ذكرنا انه لم يقم حد في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه وكذلك في
عصر الخلفا بعده الا باذنهم فلو فعله بعض الرعية قال في التهذيب
فلا قصاص عليه لانه قطع يدا مستحقة القطع غير انه يعزر لتفويت
الحق على الامام وزاد الرافعي على ذلك فقال لو سرى الى النفس فلا ضمان
لتولد السراية عن مستحق ثم قال ويشبه ان يجعل وجوب القصاص على
الخلاف في قتل الزاني المحصن وسنذكر لنا عوده الى الكلام في هذا في اخر
الباب ان شا الله تعالى **قال** وان كان السارق عبدا جاز للمولى ان يقطعه
لقوله صلى الله عليه وسلم اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم وروي ان ابن عمر
قطع عبدا له سرق وان عايشة قطعت امة لها سرقت ولم ينكر ذلك احد
وقيل لا يقطعه لان ما يقطع فيه السارق مختلف فيه فيحتاج الى

الى نظر واجتهاد وهذا ما حكي عن ابن سريج وفرق بينه وبين الجلد
بانه يملك جنس الجلد في التعزير بخلاف القطع وبان له في اقامة الحد
غرضا وهو ان يخفي الحال ولا ينقص قيمته والقطع يظهر الحاله د.
والاول اصح لما ذكرناه وهو ما نسبه القاضي ابو الطيب والحسين
والبندنيجي الى نصه في البويطي ووافق الشيخ على التصحيح اهل الطريقين
وقال الماوردي وغيره وليس ما ذكره من التوجيه السابق بسالم
لان السيد يملك قطع يد العبد للمصلحة من جهة اكله بلحقه وغرض
الاخفاء غلط لانه صلى الله عليه وسلم امر باظهار العيب ونهى عن كتمانه
فقال ان كتما محقت بركة بيعهما والخلاف المذكور جار في ان السيد
هل يقطع عبده في المحاربة وهل يقتله فيها تخرج على انه هل يقتل عبده
اذا ارتد د ولا يقطع الا بمطالبة المسروق منه بالمال لان المال يدخله
الاباحة فيحتمل انه اباحه له اخذه ولمطالبته بمعنى ذلك ولان القطع فرع
ثبوت المال وثبوته فرع المطالبة فلذلك توقف القطع عليها ويقوم
مقام مطالبة المالك مطالبة وكيله صرح به البندنيجي وغيره وقد تعكر هذا
على التوجيه السابق فان الموكل قد يكون اباح ولم يعلم به الوكيل نعم لو وكله
بعد السرقة في الطلب اتجه السؤال وقد يقال لا يصح التوكيل الا على هذا
النحو **فرع** الخصومة مع النباش لمن اذا قلنا بوجوب القطع عليه قال
الاصحاب ذلك ينبني على ان الملك في الكفن لمن وقد تقدم فان قلنا الملك
فيه للوارث فهو المخاصم وان قلنا للميت فعن ابن ابي هريرة انها للوارث
ايضا لانه القائم مقامه في حقوقه وهذا ما اورده البندنيجي وقال ابو علي
الطبري للامام ان يقطعه ولا يحتاج الى المطالبة لان القطع حق لله تعالى
وانما يحتاج الى مطالبة الحي اذا سرق منه فلعله يكون قد اذن له فيه
وذلك مامون في حق الميت واذا قلنا لا مالك له فالامر فيه الى الحاكم

وهكذا

وهكذا الحكم فيما اذا سرق رتاج الكعبة وحكى ورادا الامام فقال
ان كان من يذهب الى ان الملك في الكفن للميت او لله تعالى يقول تعين
رد ما اخذه النباش الى الميت ولا يجوز للوارث ابداله بغيره والنف
والخلاف في ان الخصم من هو صحيح لكن هذا قول عري عن التحصيل
والوجه عندي ان للوارث ابداله بعد ما انفصل عن الميت وحينئذ
فيجب القطع بانه الخصم لا غير **قال** وان اقر بسرقة نصابا لا شبهة له فيه
من حرز مثله من غائب فهل يقطع لان القطع لزمه بالاقرار
فاستوفي منه في الحال كما لو اقر انه زنى بفلانة فانه لا ينتظر حضورها
وهذا ما حكاه الماوردي عن ابن ابي هريرة واختاره وفي الرافعي نسبته
الى ابي اسحق **قال** والمذهب الاول لانه لا يقطع اي في الحال لان من الجائز
ان يقول صاحب المال عند حضوره كنت وهبته منه او اخذته اياه
او يقر بانه ملكه ولو قال ذلك لم يقطع وان اصر على الاقرار بالسرقة
كما حكاه الامام والعراقي وغيرهما فجعل ذلك شبهة في تاخير القطع
وقد صحح الرافعي وصاحب الكافي هذا ايضا وتخالفهما لو اقر باستكراه
جارية غائب على الزنا فان الاشهر والمذكور في الوجيز والنهاية انه
يقام عليه حد الزنا ولا ينتظر حضور المالك لان حد الزنا لا يتوقف
على طلبه ولو حضر وقال كنت بعتها له لم يسقط حد الزنا بل لا قال
الامام وقد ينقدح من هذا ان يقال لو حضر مالك الجارية وقال كنت
بعتها منه او وهبتها وانكر المقر لا يسقط الحد قبل وقد لو حضر
واقر بوقف الجارية عليه وكذبه وفي الكافي وغيره عن ابن سريج انه
قال لا يقام عليه الحد بل ينتظر حضور المالك لجواز ان يقر بانه كان
قد وقف تلك الجارية عليه فيصير شبهة في سقوط الحد والخلاف
في ان الاقرار المطلق بالسرقة هل يوجب القطع وان كان الاقرار المطلق

لشرب المسكر لا توجب الحد وفي الاقرار بالزنا وجهان والفرق ان
اسم السرقه يتحقق ولا قطع معه كما اذا سرق ماله فيه شبهه وما
ليس بنصاب بخلاف الشرب فان المتبادر الى الذهن عند اطلاق شرب
المسكر انه شربه حراما والزنا لا يكاد يقع الا على ما يتعلق به الحد
ولذلك اذا اطلق القذف به حد القاذف بلا خلاف نعم على المذهب في
مسله الكتاب تفريع فرعان احدهما هل يحبس المقر الى حضور الغايب
حاصل ما ذكره العراقيون كابي الطيب والسنجي وابن الصباغ وهذا في
الامام والقاضي الحسين انه ينظر فان كانت الغيبه قريبه او بعيده والمسروق
تالف حبس وان كان باقيا والمسافه بعيده ففي حبسه وجهان المذهب منهما
في تعليق القاضي حسين عدم الحبس فتنزع العين من يده وتحفظ للمولى الى ان
يرجع فيدعيها فتسلمها اليه وهذا ما اختاره في المرشد وافهم ايراد
المصنف في المهذب حكايه وجه في منع حبسه عند تلف العين وبعد
المسافه لانه حكى في حبسه وجهين احدهما نعم كما يحبس من عليه قصاص
لصبي او غايب الى ان يبلغ او يقدم والثاني ان كان السفر قصيرا حبس الى
ان يقدم الغايب وان كان بعيد لم يحبس وحكى ذلك الرافعي في حبسه
ثلاثه اوجه احدها الحبس مطلقا والثاني الحبس ان كانت الغيبه قريبه
والا فلا والثالث يحبس ان كانت العين تالفه والا فلا قال الامام وعلى
هذا اذا بذل القيمه التالف خرج حبسه على الخلاف المذكور في حاله بقاء
العين ثم ليعلم ان الخلاف في الحبس ليس الا لاجل حق الله تعالى فان من
اقر لرجل بمال لم يحبسه لا الحسبه ولا السلطان كما قال الامام ولذا اذا
اقر بانه غصبه من غايب كما قال الرافعي بل لاجل القطع قال الامام
وهو مبني على ان القطع يسقط بالرجوع عن الاقرار ام لا كما سنذكره
فان قلنا يسقط فلا معنى للحبس وان قلنا لا يسقط فيجوز ان يقال

لحبس

لحبس لانه لو خلي لوشك ان يفلت ويفوت الحق قلت وهذا
يقوي ما استخرجته من الجزم بحبسه عند شهاده البينه بالسرقه
والاصغا اليها وقد جعل الرافعي عدم الحبس في الغصب ووجوبه
في السرقه مسلتين فرق وحكى عن بعضهم انه فرق بان الحاكم لا مطالبه
له بمال الغايب وليس موجب الغصب الا ذلك والسرقه تتعلق
بها القطع الذي على الحاكم المطالبه به الثاني اذا حضر الغايب
فان ذكر انه اباح المال المسروق للسارق او باعه منه او انه ملكه
لم يقطع كما ذكرناه وان ادعى السرقه فظاهر كلام الاصحاب يقتضي القطع
كما سنبينه من بعد قال وان قامت البينه عليه من غير مطالبه فقد
قيل يقطع وهو المنصوص وقيل لا يقطع وقيل فيه قولان اعلم ان الموجود
في اكثر النسخ وبعض الشروح حكايه لفظ الشيخ كما ذكرته والذي اورده
الجيلي عن لفظ الشيخ فقد قيل لا يقطع وهو المنصوص وقيل يقطع وقيل
فيه قولان وعلى كل حال لا يخلو من مناقشه لكنها على الثاني اسهل وبيان
ذلك ان المنقول في كتب الاصحاب التي وقفت عليها حكايه ثلاث طرق
ليس منها القطع بالقطع بل المنصوص خلافه كما ستعرفه وهذا وجه
المناقشه على العباره الاولى وليس فيها طريقه قاطعه بالقطع وهذا
وجه المناقشه على العبارتين بل الذي حكاه في المهذب والقاضي ابو الطيب
شيخه والماوردي والسنجي وابن الصباغ والقاضي الحسين والامام
وغيرهم ان الشافعي نص في مسله الكتاب على عدم القطع في الحال ونص في
كتاب الحدود على انه اذا شهد عليه اربعه بالزنا بجاريه غايب يقام عليه
الحد لكن لفظ الامام والقاضي الحسين في حكايه هذا النص انه نص فيما
اذا شهد شاهدان على واحد انه زنا بجاريه فلان الغايب انه يحد ولعل
المراد الشهاده على الاقرار بالزنا كما سياتي ان شا الله تعالى ثم اختلف

هو / المنصوص

الاصحاب في النصين على ثلاث طرق كما ذكرنا احدها وهي طريقة ابن سريج
وابن ابي هريرة انه لا قطع في الحال ولا حد في الزنا في الحال ايضا لانه
يجوز ان يكون صاحب المال المسروق قد اباحه لكل من دخل الحرز واخذه
او وقف الجارية الموطوءة على الواطي او اذا حضر يقر بانه غصب المال
والجارية منه او من ابيه ولا يحد القطع والحد فصار ذلك شبهة في
التاخير وقال الامام ما حكي عن نصه في مسئلة الزنا غلط من الناقل قال
الرافعي وربما اول على انه لا حاجة الى حضوره وقت الاقامة والثانية
قالها ابو اسحق المروزي حمل المسئلتين على قولين بالنقل والتخريج لانه لا
معنى لحمل ظاهر النص على انه خطا في النقل والفرق بين المسئلتين ليس
بشيء وتعليل قول التاخير قد سبق وتعليل مقابله انه قد ثبت القطع
والحد في الحال فلا يستوفي في الحال عدم ما يسقطه والثالثة قالها
ابو الطيب بن سلمة وابو حفص ابن الوكيل والقاضي ابو حامد كما قاله الرافعي وهي
التي صححها الرافعي تقرير النصين وفرقوا بين وجوه احدها ان القطع اخف
حكما من الزنا لانه يسقط بالاعتراف بالاباحة بخلاف حد الزنا فانه لا يسقط
بالاباحة الثاني ان السرقة مخالفة للزنا فان سرقة مال الاب والام لا
يوجب القطع والزنا بجارية احدهما يوجب الحد فدل على الفرق بينهما الثالث
ان القطع يتعلق بحق الادمي لانه شرع صيانة للاموال وحفظا لها
فاعتبر حضور الادمي وحد الزنا لم يشرع صيانة لجواري الناس وحفظا
لحرمتهم فهو محض حق الله تعالى فلم يعتبر حضور الادمي والصحيح وان ثبت
الخلاف في مسئلة الكتاب عدم القطع قال الرافعي ولم يرتب الخلاف في
هذه الصورة على الخلاف فيما اذا اقر بالسرقة ويجعل صورة الاقرار
اولى بتعجيل القطع لبعد الاقرار عن التهمة ثم اذا قلنا لا يقطع حبس
كما قال الامام الى حضور المالك وفي الرافعي ان في حبسه الخلاف

الغائب

السابق عند الاقرار ثم اذا حضر المالك فان ذكر انه اباحه وما
اشبه ذلك سقط القطع وان ادعى المال ولم يظهر شبهة اطلق
الغزالي القول بالقطع وعليه ينطبق ما قاله القاضي الحسين
وغيره انه لا يحتاج عند الحضور والطلب الى اعادة الشهادة في
القطع وفي المال وجهان احدهما هذا لا يحتاج الى اعادة الشهادة
لاجله وهو الاصح في التهذيب وغيره وبه جزم في الوجيز وهو في النهاية
مفرع على القول بان شهادة الحسبة لا تسمع في حقوق الادميين
كما هو المذهب اما اذا قلنا بسماعها فلا خلاف في السماع هنا اعني
لعني وعدم الاحتياج الى الاعادة والثاني يحتاج لانه حق ادمي
والشهادة قبل الاستشهاد لا تسمع في حقوق الادميين كما مر وهذا
منهم يدل على سماع الشهادة بالسرقة من غير استشهاد بالنسبة
الى ما تضمنته من حق الله تعالى دون سماعها بالنسبة الى ما تضمنته من
حق الادمي اذا قلنا لا تسمع فيه شهادة الحسبة استقلالا والوجهان
في ذلك ينظر من حيث ان الاصحاب اختلفوا في تصوير مسئلة الكتاب
كما قاله القاضي الحسين فقال ان منهم من راى تصويرها بما اذا لم يعلم
صاحب المال المسروق به او عرف بها ولم يعرف السارق واما اذا عرف
الحال فلا تقبل الشهادة حتى يحضر ويدعي هو او وكيله كساير الدعاوي
وبهذا ينبغي ان يجمع بين قول الشيخ ولا يقطع الا بمطالبة المسروق منه
بالمال وبين قوله وان قامت البينة عليه من غير مطالبة الى اخره
فيحمل الاول على ما اذا علم رب المال بصورة الحال والكلام الثاني على ما
اذا لم يعلم قال القاضي ومنهم من اطلق القول بالسماع وهو الصحيح
لتعلق حق الله تعالى وتقبل من غير دعوى كالزنا وتبعه في التصحيح
الرافعي واذا كان هذا كلامهم في التصوير فينبغي ان يحمل ما اطلقوه من

عدم الاحتياج الى اعادة الشهادة لاجل القطع على الحالة التي
لم تسمع فيها الشهادة دون ما اذا قلنا بعدم سماعها عند علم
المالك بالحال ويوبد ذلك ان الامام قال معنى رد الشهادة هنا
انا لا نصغي اليها ولا نرتب عليها حبس المدعى عليه ابدا احتمالا لنقصه
في الاحتياج الى اعادة الشهادة بالنسبة الى القطع مع القول بالسماع
ابتدا على قولنا ان المال لا يثبت ما لم تعد الشهادة ووجهه ان
القطع فرع ثبوت المال فاذا لم يثبت الاصل كيف يثبت الفرع وقد اشار
الرافعي الى اعتراض على الامام فيما ذكره فقال بعد حكايته ان لك ان
تقول العبارة المنطبقة على احتمال الامام اصلا وفرعا في المسألة ان
يقال شهادة الحسبة مقبولة فيما يرجع الى القطع الذي هو حق الله سبحانه
فيقطع من غير اعادة البينة لانا قد سمعناها ولولا انما انتظرنا
لتوقع ما يسقط فلم يظهر شي وفي قبولها فيما يتعلق بالمال الخلاف في
ان شهادة الحسبة هل تقبل في حقوق الادميين ان قلنا نعم فلا حاجة
الى اعادة البينة وان قلنا لا فيحتاج الى الاعادة وانت اذا تاملت ما
ذكرته عرفت ان ما قاله الرافعي غير قوله والله اعلم **فرع** لو سرق مال
صبي او مجنون فعن ابن كج انه قال ينتظر فان انتظرنا حضور الغايب
واعتبرنا طلبه فينتظر بلوغ الصبي وافاقة المجنون والا قطعناه
في الحال   واذا وجب القطع قطعت يده اليمنى اي من مفصل الكوع
اما وجوب قطع اليد فدليله الاية وقد ورد في الصحيح انه صلى الله عليه وسلم
قطع يد سارق وروى الشافعي بسنده عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال في السارق ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله ثم ان
سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله واما كونها اليمنى
فوجهه ما روي النخعي ان ابن مسعود كان يقرا والسارق والسارقة

ما فاقطعوا

فاقطعوا ايمانهما قال الماوردي وهذه القراءة وان شذت فهي جارية
مجرى خبر الواحد في وجوب العمل وهي على وجه التفسير لا الابدال
المذكورة في القراءة المشهورة كما قاله ابو الطيب وقد روي ان عليه السلام
قال اذا سرق السارق فاقطعوا يمينه وروى ان الخلفا الاربعة قطعوا
يمين السارق والمعنى فيه ان البطش بها اقوى فكان البداءة بها
اوزع واولى وقد ادعى القاضي ابو الطيب ان المسلمين اجمعوا عليه
واختصاص القطع بالمفصل وجهه ما روى الدارقطني عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بقطع السارق الذي
سرق رداء صفوان من المفصل وذكر ابو احمد من حديث ... عن مجاهد
عن عبد الله بن عمر قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقا من المفصل
وادعى الماوردي انه فعل مجمع عليه والمعنى فيه ان البطش بالكف وما
زاد من الذراع تابع ولهذا يجب في الكف دية اليد وفيما زاد حكومة ولا
فرق فيما ذكرناه بين ان يكون له يسرى او لا يكون ولا انضاف الى
القطع التعزير وعن القول الى انه يعزر مع القطع وقال المحلي ان
اراد تعزيره بتعليق يده المقطوعة في عنقه حسن وان اراد غيره فهو
منفرد به ولم اره لغيره **فان** عاد قطعت رجله اليسرى من المفصل
بعد اندمال اليد سوا سرق ثانيا ما سرقه اولا او غيره ووجه قطع
الرجل بعد اليد الخبر الذي رواه الشافعي وقد روي ان نجدة الحروري
كتب الى عبد الله بن عمر يساله هل قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد يد
السارق يده او رجله فقال ابن عمر قطع رجله بعد اليد ولا فعل
ابو بكر وعمر ولا مخالف لهما من الصحابة ووجه كونها اليسرى انه اتفاق
من صار الى قطع الرجل بعد اليد على انها اليسرى كما قاله ابو الطيب ولان
في الحرابة تقطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى فوجب ان تقطع في السرقة

اي في

البد[ا]

بيان
اتفاق

فذلك لان السرقة مرتين كقطع الطريق مرتين لكونهما مجاهرة
والمعنى في ذلك خشية استيفاء احد الجانبين الذي يضعف معه
عن الحركة فيكون في معنى تضعيف العقوبة الى العقوبة ولهذا المعنى
قطعت الرجل اليسرى دون اليد اليسرى لانه لو قطعت اليد
اليسرى بعد اليمنى لاستوعبت منفعة الجنس وذلك في معنى
زيادة عقوبة وانما قطع من مفصل القدم لان عمر كان يقطع القدم
من مفصلها كما رواه ابو بكر بن المنذر ولان البطش بالقدم وفيه تجب
دية الرجل فوجب قطعه كاليد وعزي ثبوت الواجب قطعهما من
مقدم الشراك واعقب وانه قال القطع الاول حسبه اقتضاء التوالي الى
زهوق الروح وليس هو المقصود وتخالف الموالاة ينتهي الى الجراحة
لان قطعهما في حين واحد ربما يؤدي قال فان عاد قطعت يده اليسرى
فان عاد قطعت رجله اليمنى للخبر السابق والاستيعاب هنا للضرورة وقد
روي ان اقطع اليد والرجل من اليمن نزل على ابي بكر يشكو اليه عامله انه
قطع يده ورجله ظلما فانزله وحبس الى عامله في امره وكان يقوم عليه
فافتقد عقدا لجاريته وكان ذلك الاقطع يدعو على سارقه وكان يقول
اللهم عليك بمن فعل هذا باهل هذا البيت فوجد عند صائغ فزعم دفعه
اليه ذلك الاقطع فاعترف فقطع يده اليسرى كما نقله القاضي الحسين
في تعليق القاضي ابي الطيب ان المسروق كان لاسماء بنت عميس زوجة
ابي بكر قال واذا قطع حسم بالنار وهذا لفظ البندنيجي والقاضي الحسين في
التعليق حكاه القاضي ابو الطيب عن النص ووجهه ما روى عبد الرزاق
عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان مرسلا قال اتي رسول الله صلى الله عليه وسلم برجل
سرق شملة فقال اقطعوه ثم احسموه وعن معمر عن ابن المنذر ان
النبي صلى الله عليه وسلم قطع رجلا ثم امر به فحسم وقال تب الى الله فقال اتوب

الى الله

الى الله تعالى فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان السارق اذا قطعت يده
وقعت في النار فان عاد تبعها وان تاب استشلاها قال عبد الرزاق
يقول استرجعها وكان في حسمها صيانة له عن التلف فانه لو
ترك لنزف الدم وهلك به والمراد بالحسم كي موضع القطع لينقطع
الدم فان الحسم القطع وصفته كما قال البندنيجي والقاضي ابو الطيب
والحسين وغيرهم من العراقيين ان يغلي الزيت وما يقوم مقامه ويغمس
محل القطع فيه وفي الحاوي ان كان السارق بلديا حسم بالنار لانها
عادتهم وان كان حضريا حسم بالزيت المغلي وفي الجيلي نسبة هذا الى
الحاوي وهو غلط من الناسخ بل هو كما ذكرته ان المذكور في الحاوي الاول
ثم الحسم من تمام الحد حتى يؤخذ به من غير رضاه او هو لحق نفسه
كالمداواة حتى لا يفعل بدون اذنه فيه وجهان حكاهما الماوردي والقاضي حسين
والامام واصحهما في الرافعي الثاني وعلى اثرهما ان ثمن الزيت ومؤنة الحسم
على من يكون فعلى الصحيح على السارق وعلى مقابله يكون كمؤنة الجلاد كما
قاله الامام والرافعي والمذكور في الشامل وتعليق البندنيجي وابي الطيب
والمهذب والحاوي ان ثمن الزيت يكون من بيت المال فان لم يفعل الامام
فلا شيء عليه ويستحب للمقطوع ان يفعله فان لم يفعله فلا شيء عليه وفي
تعليق القاضي الحسين ايضا انما يحسم من مال بيت المال فلو لم يكن فيه
فيه مال فمن ماله فان لم يحط المال تركه ولم يجبر عليه واجرة القطع
قال في المهذب والبندنيجي وابو الطيب والحاوي هنا ايضا تكون في
بيت المال وقد استقصيت الكلام فيها في باب العفو والقصاص ومحلها
هنا ان السارق لو قال انا اتولى قطع يدي بنفسي ففي تمكينه منه وجهان
اصحهما لا كما لا يمكن من استيفاء القصاص والثاني بلى وهو
المختار في المرشد لان قطع السرقة موضوع للزجر وهو حاصل به

اذا تولاه بنفسه وقطع القصاص موضوع للتشفي والولي
احق به وهذا يدل على ان القصاص يجزي وفيه نظر لعدم تمكينه من
الاستيفا وقد حكيت خلافا فيه **فائده** ذكرها الاصحاب وهي
ان السارق اذا اريد قطع يده اجلس لانه امكن وقد نص عليه في
الام ثم يضبط لئلا يضطرب فيتعدى القطع الى موضع اخر ثم
تخلع كفه حتى تتبين المفصل وذلك بان يربط فيه حبل ويجر جرا
عنيفا حتى تنخلع ثم يقطع بحديدة ماضية دفعة واحدة قال الماوردي
ولا يقتصر السكين بحرف وفي تعليق البندنيجي انه يوضع يده على لوح او
غيره ويوضع السكين على المفصل ويدق من فوقه بشيء ثقيل دفعة واحدة
او تمر السكين عليها مرة واحدة قال الاصحاب ويستحب ان يعلق في
عنقه للتنكيل والتغليظ وقد روى ابو داود عن فضالة بن عبيد قال
اتي رسول الله صلى الله عليه وسلم بسارق فقطعت يده ثم امر بها فعلقت في
عنقه واخرجه النسائي وابن ماجه وقال الترمذي حسن غريب وفي النهاية
ان من الاصحاب من راى تفويض الامر في ذلك الى راي الامام ومنهم من
لم ير التعليق ولم يصحح الخبر فيه قلت لان في اسناده حجاج بن ارطاه
وقال النسائي وغير واحد من الائمة انه ضعيف لا يحتج بحديثه وعلى الاول
تمن التعليق ساعة كذا اطلقها الشيخ في المهذب والقاضي ابو الطيب
والبندنيجي وحكاه القاضي الحسين عن النص وحكى الامام انها تعلق في
رقبته ثلاثة ايام ولا يقطع السارق في حر ولا برد شديدين ولا مرض يرجى
برؤه وهل يقطع في المرض الذي لا يرجى برؤه منه فيه وجهان في
الحاوي وتعليق القاضي الحسين في كتاب حد الزنا وفي زوائد العمراني
والمذهب منهما في الرافعي وهو المذكور في المهذب انه يقطع والا
معنى لاهمال الحد وقاسوا على القصاص وحكى القاضي الحسين في

هذا الباب مقابله عن النص حيث قال قال الشافعي ولا تقطع
يد السارق اذا كان بها جائحة ويؤكل بعضه والسارق اذا كان
مريضا ادنفا ولاجل هذا قال محلي المذهب انه لا يقطع وهو
الذي قال القاضي الحسين في كتاب الزنا انه الاظهر وقاسه الملا
على الجلد في الزنا والقذف وقالوا لا تقطع الحامل في حال الحبل ولا
تقطع في زمن النفاس لانها في هاتين الحالتين ضعيفة فلو
انضم الى ضعفها الم القطع خشي عليها التلف قاله ابو الطيب
وغيره فان عاد بعد قطع اليدين والرجلين وسرق عزر لان ذلك
ثبت بالكتاب والسنة ولم يرد بعد ذلك شيء اخر فلو كان الا ... والسرقة
معصية تعين فيها التعزير قال في الكافي ويحبس حتى يتوب وفي
الجيلي حتى تظهر توبته وفي تعليق القاضي حسين والنهاية انه قد حكي
قول قديم انه يقتل وقد يحتج له بما روى ابو داود عن جابر بن عبد الله
انه قال جيء بسارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق
فقال اقطعوه قال فقطع ثم جيء به الثانية فقال اقتلوه فقالوا
يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه قال فقطع ثم جيء به الثالثة فقال
اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه ثم اتي به الرابعة فقال
اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فاتي به الخامسة فقال
اقتلوه قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فالقيناه في بير
ورمينا عليه الحجارة واخرجه النسائي والصحيح الاول ان هذا
الحديث قال فيه النسائي انه منكر وفيه مصعب بن ثابت وقد ضعفه
غير واحد من الائمة وروى الزهري ان القتل منسوخ لانه رفع
اليه في الخامسة فلم يقتله وكذلك قال الشافعي انه منسوخ وان هذا
مما لا اختلاف فيه عند احد من اهل العلم ولان ذلك معصية

وردي

فاذا

لعله انه

او جنت حدا لم يكن بذاتها موجبا للقتل كالزنا والقذف قال
ومن سرق ولا يمين له او كانت شلاء اي وقال اهل الخبرة انها اذا
قطعت لم تنسد عروقها قطعت رجله اليسرى قياسا على المرة
الثانية اما اذا قال اهل الخبرة ان عروقها تنسد قطعت قاله في
المهذب والماوردي وغيرهما قال الامام وفيه احتمال لانه لا منفعة
فيها فاشبهت الكف الباقية بلا اصابع على ما سنذكره قال والظاهر
الاول فان من قطع يدا سليمة وكانت يد القاطع شلاء او كفين
بها استحق القصاص وبعث بوقوع الاجزاء فاذا لم يبعد اخذها مستحق
القصاص بالشلل لم يبعد اخذها الشرع بمقابل السرقة وان كانت له
يمين بلا اصابع قطع الكف لانه بقي ما يمكن قطعه في السرقة فلم يعدل
الى ما بعده كما لو بقي على الكف انملة وهذا ما اختاره الشيخ ابو حامد
وجماعة ومنهم صاحب المرشد وعند (?) وان الحرث بن سريج القفال عن
الشافعي وبه جزم ابن الصباغ في باب قاطع الطريق وقيل يقطع رجله
اليسرى لان المنفعة المقصودة قد ذهبت من اليد ولهذا لا تضمن
بالارش المقدر وصار كما لو لم يبق فيها شي وهذا ما ادعى القاضي الحسين انه
المذهب وحكاه القاضي ابو حامد ايضا عن النص واختاره وحكى عنه
انه حكى مثله وحكاهما اذا كانت شلاء مقطوعة الابهام ويجري
الخلاف المذكور في الخابسة (?) اذا كان بعض الكف قد ذهب ومحل
القطع باقيا كما حكاه البندنيجي وغيره **فرع** اليد المشتملة على اصبع
زائدة تقطع وكذا الكفان على معصم واحد يقطعان لان المتميز الاصلي
منهما من الزائد بخلاف ما اذا تميز فانه يقطع الاصلي خاصة ويخالف
هذا القصاص لانه ماخوذ من المساواة فيمنع الزيادة والقطع في السرقة
القصد منه التنكيل والزجر دون المساواة وهذا ما اورده الامام

والقاضي

قال

والقاضي الحسين والرافعي في مواضعه في مسألة الكفين ما في فتاوى
القفال ان الكفين الباطشتين يقطعان جميعا لانهما بمثابة كف
يد واحدة والاخرى انه لا يزيد على واحدة (?) في التهذيب
انه يقطع احداهما فان سرق ثانيا قطع الاخرى ولا يقطعان بسرقة
واحدة بخلاف الاصبع الزائدة لانه لا يقع عليها اسم اليد وحكى وجه
احتراز ان الاصبع الزائدة يمنع القطع كما في القصاص وعلى هذا يكون
كمن لا يمين له **قال** ومن سرق وله يمين فلم يقطع حتى ذهبت اي بافة
سماوية او في قصاص او غيره سقط القطع لانه لما سرق عند وجودها
صارت مستحقة القطع فلما زالت بان المستحق ولم يرجع الى غيره كما لو
جنى عبد فتعلق الارش برقبته ثم مات قال الماوردي واذا كان ذهابها
بجناية يستحق بها قودا او دية كان للسارق ان يقتص بها من الجاني
وياخذ ديتها وهو احق بالدية ولا تؤخذ الدية منه بدلا عن قطعها
في السرقة لان المستحق في السرقة القطع دون الدية وقد سقط عنه
فان قلت قد حكيتم عن البغوي وغيره ان الجلاد او الرعية (?) لو قطع اليد
في السرقة لم يجب عليه الا التعزير فكيف يتسلط القول هنا مع (?)
ايجاب القصاص او الدية عليه قلت يجوز ان يحمل اختلاف النقلين
وجهين في المسألة ويكون ما ذكرناه ما اشار اليه الرافعي من تخريج
ذلك على قتل الزاني المحصن يجوز ان يجمع بين النقلين من غير خلاف
بان يحمل ما قاله الماوردي على ما اذا لم يقصد القاطع استيفاء
الحد بل قصد الجناية وما قاله غيره على ما اذا قصد الجناية
ويرشد اليه ما سنذكره عن الماوردي فيما اذا قتل قاطع الطريق
مرتدا او قصاصا نبين الكلام بان الامام اذا قتل عبدا اشتراه
مرتدا في يد البائع قبل القبض فان قصد قتله عن الردة وقع عنها

وانفسخ البيع وان لم يفصل ذلك جعل قابضا للمبيع واستقر
عليه الثمن كما حكاه الرافعي قبل باب الديات عن فتاوى صاحب
التهذيب لكن مساق هذا ان يقال اذا قتل شخص زانيا محصنا
وهو يجهل حاله ثم تبين بعد ذلك زناه بالبينة ان يقتل به وقد صرح
الاصحاب بانه لا يقتل واصحاب عليه على الصحيح عند الكلام فيما اذا
شهد اربعة بالزنا ثم رجع اثنان ولو قيل يحمل ما اطلقه الماوردي
هنا على ما اذا كان القاطع ذميا والسارق مسلما وحمل ما قاله
البغوي وغيره على ما اذا كان القاطع مسلما لم يبعد كما قلنا بمثل ذلك
في قتل الزاني المحصن والله اعلم وحكم اليد اذا اشلت ونحو قطعها بعد
الوجوب حكم سقوطها قاله القاضي الحسين وقد حكى الامام عن بعض
التصانيف وعن الابانه وجها انه ينتقل الى الرجل اليسرى عند
سقوط اليمين بعد السرقه وقال انه غلط واتبعه الغزالي في ذلك ولم
يحك سواه في الابانه **فرع** لو وجب قطع اليمين فلم تقطع حتى سقطت
اليسرى باكله لم يسقط قطع اليمين وعن ابي اسحق انه يسقط في احد
القولين كما لو قطع الجلاد يساره غلطا قال الاصحاب وهو غلط
لانه خلاف النص وليس كما لو ان الجلاد لم يقطع اليسار لاجل
السرقه واذا ذهبت بمرض لم ياخذ بدلا **قال** وان وجب قطع اليمين
فقطع اليسار عمدا قطعت يمينه اي حدا لانها التي وجب
قطعها وهي باقيه فلم يجز غيرها كما في القصاص ويقتص من القاطع
من يساره لانه قطع يساره عمدا بلا شبهه **قال** وان قطع سهوا
اي بان قال ظننت انها اليمين او ان اليسار يجزي عن اليمين
غرم الديه اي بعد حلفه على ما ادعاه ان كذبه السارق لان ما يقوله
محتمل فكان شبهه في درء القصاص ووجبت الديه لقطعه عضوا معصوما

الذي

شبهه

وفي يمين

وفي يمين السارق قولان احدهما يقطع لما ذكرناه والثاني لا
يقطع لانها لو قطعت لادى الى قطع يديه لاجل سرقه واحده
ولان اليسار يقوم عن اليمين عند عدمها وعدم الرجل فلذلك
هنا وهذه طريقه الشيخ ابي حامد التي اوردها البندنيجي وقال ابن
الصباغ انها الاشبه الا ان يكون قطع الامام صدر من غير بذل
من جهه السارق فان بذلها سقط القصاص كما ذكرنا من قبل وهذا
ما اورده الرافعي وكلام الشيخ لا ياباه وكلام القاضي الحسين يقتضي
اثبات قولي السقوط وعدمه في الحالين لانه قال نص ان فيمن الامر
على ان الجلاد اذا قال له اخرج يمينك فاخرج يساره فقطعها على
سقوط قطع السرقه وحكى الحرث بن سريج البقال او النقال كما قال
الامام انه ان علم الجلاد انها اليمين وتعمد قطعها فعليه القصاص
وقطع السرقه بحاله وان قال دهشت فعليه الديه وقطع السرقه
باق بحاله فحصل قولان احدهما لا يسقط قطع السرقه كما في القصاص
والثاني يسقط كما نص عليه في الام والفرق ان المقصود من القود
التساوي واليسار لا تساوي اليمين والمقصود من السرقه الزجر
والتنكيل وقد حصل وتبعه الامام في اول الكلام ثم قال والحكم ما
ذكرناه اذا ظن السارق انها اليسار من دهشته اصابته او
ظن ان اليسار يجزي عن اليمين فاحدها وحينئذ فيكون كلامه
منطبقا على ما حكاه ابن الصباغ عن القاضي ابي الطيب فانه
حكى عنه في هذه الصوره وجهين في الاجزاء وان اشبههما في التعليق
له وقال ان الثاني هو المنصوص وتبعه في ذلك المصنف وصحح
القاضي الثاني وكذلك صاحب الكافي والمرشد والرافعي ثم قال
الرافعي انا على مقابله ينظر فان كان القاطع عالما بالحال ونحو

باق في

لعله فاخرجها

القطع وجب عليه القصاص والا فالدية وهو كذلك في المهذب
وقد اطال الامام في اخر الامر الكلام في هذه المسألة على نظيرها في
القصاص فليطلب من ثم والله اعلم

باب حد قاطع الطريق

قاطع الطريق سمي بذلك بهذا الاسم لانه يمنع الناس المرور للخوف
منه وجمعه قطاع وقطع كغايب وغيب وحايض وحيض والاصل
في اثبات هذا الحد قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية
فانها نزلت كما قال ابن عباس وعامة الفقهاء في قطاع الطريق من
المسلمين على ما حكاه ابن الصباغ وصاحب الكافي وقد قيل انها نزلت
في المرتدين من العرنيين حين ارتدوا عن الاسلام وقتلوا الرعاة
واستاقوا الابل فامر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم من جانبهم وقطع ايديهم
وارجلهم وسمل اعينهم وقيل سمر اعينهم والقاهم في الحرة حتى ماتوا
وهذا قول انس بن مالك قال القاضي الحسين ونزلت ناسخة للمثلة
والسمل ان يفقا العين بشوكة او حديدة والسمر كحلها بمسامير محماة
قال القاضي ابو الطيب وفعله النبي صلى الله عليه وسلم بهم لانهم كانوا قد
فعلوه بالرعاة كما حكاه ابو بكر بن المنذر وقيل انه كان هم وعاقب قطاع
الطريق ثم نسخ بالنهي عن المثلة وقيل انه عليه الصلاة والسلام فعله
باجتهاده ثم نهي عنه وقيل انه اراد ذلك ولم يفعل وهذا قول السدي
حكاه ابو الطيب وقيل انها نزلت في قوم من اهل العهد نقضوا العهد
واخافوا السبيل وتعلق هذا القايل بان محاربة الله ورسوله انما
تكون من الكفار قال الماوردي وهذا قول ابن عباس وقد روى
ابو داود عنه انه قال انها نزلت في المشركين لكن في رجاله
الحسين بن واقد وفيه مقال وطريق الجمع بين ما نقله ابن الصباغ
عنه والماوردي ان عنه في ذلك روايتين كما حكاها القاضي الحسين

وقال

وقال ان الاصح الاول ودليلنا عليها قوله تعالى الا الذين
تابوا من قبل ان تقدروا عليهم ولو كان المراد الكفار لكانت
التوبة تسقط عنهم القتل قبل القدرة وبعدها والمحاربة
قد تكون من المسلمين قال الله تعالى في حق المرابين فان لم تفعلوا
فاذنوا بحرب من الله ورسوله وسماهم محاربين لتفاحش جنايتهم
وعظم جرمهم وقال صلى الله عليه وسلم من اذى لي وليا فقد بارزني
بالمحاربة هذا ذكره القاضي الحسين **قال** من شهر السلاح واخاف
السبيل اي من رجل او امراة في مصر او غيره وجب على الامام طلبه
اي سوا اخذ شيا وقتل او لا لانه اذا ترك قويت شوكته وكثر
الفساد به في قتل النفوس واخذ الاموال والسبيل الطريق
والمصر البلد الكبير وجمعه امصار والمراد بغير المصر القرى والبوادي
واخافة السبيل انما تحصل كما قال الاصحاب بان يكون للقطاع شوكة
يقدمون معها على المجاهرة بالقتال للقتل واخذ المال واكثر ما يقع ذلك
في البوادي والمواضع البعيدة عن العمران فيرصدون في المكان
الرفاق فاذا وافوهم برزوا قاصدين الاموال عنوة بالرجال *نفس*
وقد يتفق ذلك في البلاد لضعف السلطان او بعده بحيث لا يلحق
من فيها غوثه لو استغاث ومن صوره ما اذا خرج اهل احد طرفي
البلد على اهل الطرف الاخر بحيث لا يلحقهم غوث لو استغاثوا
فلو كان يلحقهم فالخارجون منتهبون لا قطاع قاله الرافعي وكذا
الحكم اذا كانوا على قريتين يلحق الغوث من اجرائها كما قاله
القاضي الحسين وفي الحاوي انه لو اتفق شهر السلاح مع الشوكة
في وسط المدن الكبار الذين لا يغاثون جميع اهلها واخذ بسبب
ذلك المال ففي جريان الحكم عليهم وجهان اصحهما وهو قول اكثر اصحابنا

انهم قطاع لانهم تغلبوا بالسلاح جهارا فالحق ذلك بالصحراء
لان محل الحرابة ان لا يقدر على دفع المحارب وهو موجود والثاني
وهو قول الاقلين واختيار الشيخ ابي حامد ان لا تجري عليهم حكم
الحرابة لوجود الغوث فيه فسقط حكم نادره وهذا ما اورده القاضي
الحسين ويقرب من هذه الصورة ما لو دخل جماعة دارا بالليل
بالمشاعل شاهرين السلاح مكابرين ومنعوا اصحابها من
الاستغاثة مع قوة السلطان وحضوره فيهم فاظهر القولين انهم
قطاع وبه قال القفال وهو المذكور في التهذيب لان المنع من
الاستغاثة كالبعد عن محل الغوث في التغلب واعتماد القوة ومقابله
انهم سراق لانهم يبادرون خوفا من الشعور بهم ثم انهم يعتمدون
التواري لان الطلب يلحقهم قال الغزالي والامام ولا يبعد ان يجعلوا
مختلسين لمجاهرتهم بفعلهم قال الرافعي وهذا ما يشعر به كلام
الروياني وغيره وقد صرح به البندنيجي فيما اذا كان دخولهم بالنهار
ومنعوا المدخول عليهم من الاستغاثة وكانوا لو استغاثوا
لحقهم الغوث ويقوم مقام الشوكة عند القاضي الحسين
والاصحاب فحكاه الامام عنهم فضل القوة حتى اذا خرج واحد
او نفر ذمة قليلة ومعهم قوة على جماعة لم يكثر عددهم كانوا قطاعا
وقد حكاه البندنيجي فيما اذا خرج الواحد فقهروا اهل قرية واستولى
عليها ويقرب منه ما قال الرافعي ما اورده ابن كج انه اذا اقام
خمسة او عشرة في كهف او على ساحل جبل فان قرب منهم قوم لهم
شوكة لم يتعرضوا لهم وان مر قوم قليلوا العدد قصدوهم
بالقتل واخذ المال فحكمهم حكم قطاع الطريق في حق الطائفة
اليسيرة فان تعرضوا للاقوياء واستلبوا اشياء فهم مختلسون

وعن

وعن المسعودي انه لو اجتمع جماعة قليلون في المواضع المنقطعة
فاخذوا المال وقتلوا او خرج الواحد والاثنان اخر القافلة
فاستلبوا اشياء واعترضهم بغير سلاح لم يكن حكمهم حكم القطاع
وراى الامام ان يفصل القول في الرفقة اليسيرة وفي الواحد
والاثنين فقال ان كان خروجهم في مثل ذلك الطريق يعد
تضييعا وتغريرا بالنفس والمال فالمتعرضون لهم لا يجعلون
قطاعا ونزل خروجهم والحالة هذه تنزل المال في موضع لا
يعد حرزا في باب السرقة واقام ماراه وجها قلت وما قاله
الامام هو الذي اقتضاه كلام الاصحاب وان لم يصرح به لانهم
قالوا الاعتبار في قطع قاطع الطريق من اخذ المال من حرز على الاصح
وبه جزم اكثرهم وقالوا اللحاظ حرز في الصحراء في باب السرقة اذا
كان الملاحظ يقدر على المنع لو اطلع على السارق فلو كان ضعيفا والموضع
بعيد عن الغوث فهو ضائع مع المالك ولو كانت الرفقة عددا يتاتى منهم
دفع القاصدين ومقاومتهم فاستسلموا حتى قتلوا واخذت اموالهم
فالقاصدون ليسوا بقطاع لان ما فعلوه لم يصدر عن شوكتهم وقوتهم
بل الرفقة ضيعوا قال الامام ويحتمل ان يقال ليست الشوكة بمجرد العدد
والعدد بل يحتاج مع ذلك الى اتفاق كلمة واحد مطاع وعزيمة على القتال
واستعمال السلاح والقاصدون الرفاق هكذا يكونون في الغالب والرفقة
في الغالب لا يجمع لهم كلمة ولا يضبطهم مطاع ولا يكون لهم عزم على
القتال فلو خلوهم عن هذه الامور يجرهم الى التخاذل فالافضل منهم
مما ينبغي ان يجعلوا مضيعين ولا ان يخرج القاصدون لهم عن كونهم
قطاعا ويستوي في السلاح الدبوس والسيف والقوس والعصا
قال البندنيجي وهذا الحجارة وحكى القاضي الحسين والامام ان القاطع

اذا كان له فضل قوة كهي الكحم واللطم باليد واعلم ان الشيخ اراد با
المصر التنبيه على مذهب الخصم وهو مالك فانه لا يرى الخارجين
منه ولا يقربه ما لم يبعدوا الى بلاد مراحل وطاعه وابو حنيفه ايضا
لا يرى الخارجين من المصر قطاعا والشافعي يقول اراهم في المصر ان
لم يكونوا اعظم ذنبا فجنايتهم واحده واذا دان جناياتهم في المصر
اشنع فلا اقل ان يكونوا مساويه لما في الصحرا قال فان وقع قبل
ان ياخذ المال ويقتل عزر لانه تعرض للدخول في معصيه عظيمه فعزر
كالو تعرض للزنا بالقبله والملامسه والسرقه بالنقب ولا فرق في
ذلك بين ان ياخذ احد رفقته نصابا او يقتل اولا وان كان ردا لهم
كذكرنا في السرقه انه لا يقطع من لم ياخذ وان اخذ رفقته وكان
هو ردا له لانه حث وجبار بارتكاب معصيه فلا يجب على المعين دون
المباشر كحد الزنا والقذف وجنس هذا التعزير وقدره موكول الى راي
الامام عند الجمهور كغيره من التعزيرات قال ابن الصباغ حكايه عن
ابن سريج واذا اراد حبسه فالاولى ان يكون في غير بلده ليكون ازجر له
واحبس عليه واسها او غير مقدر ان صائل الحبس مله لحصل بها الردع
والزجر وفي الحاوي انه هل يتعين الحبس في هذا التعزير فيه وجهان
فان قلنا لا يتعين جاز للامام تركه اذا راى المصلحه فيه وان قلنا
يتعين فلا يجوز تركه الا ان تظهر توبته لانه واجب بسبب قطع الطريق
فلم يجز تركه كالقطع ثم في اي موضع يحبس فيه وجهان احدهما في بلده
والثاني وهو قول ابن سريج في غير بلده لان النفي في الحرابه منصوص عليه
وهو زياده في حد الزنا المانيه من ذل الغربه والبعد عن الاهل
والوطن وهل يتقدر مدته فيه وجهان احدهما لا ويعتبر فيه
الانابه وظهور التوبه والثاني يتقدر لانه قد اشبه في الحرابه مقام

الحد

الحد وعلى هذا ففي قدر المده وجهان احدهما وهو قول ابي عبد الله
الزبيري انه يتقدر بستة اشهر كيلا يزيد على تغريب الزنا في حق
العبد والثاني وهو الظاهر من قول ابن سريج انه مقدر بسنه
وحكى في الحاوي وجها انه يعزر بضرب عاشم وسطه لان ما
سلك في باب التعزير انه يعزر عادون الحد بابه وان زاد على ما بين
وطبعه الامام حكايه وجهين في جنس التعزير واصحهما ما
حكيناه عن الجمهور والثاني انه تغريبه ونفيه الى حيث يراه
ولنختر جهه تختلف بهم فيها اهل النجده والناس حتى لا يتاتى منهم
التوصل الناس حتى امتاني العود الى ما كانوا عليه واذا عين صوبا
منعه من ان يعدل عنه وسير حيث شاء وعلى هذا فهل يعزره في البلد
المنفي اليها بضرب وحبس وغيرهما ام يكتفي بالنفي فيه وجهان قال وان اخذ
نصابا لا شبهه له فيه وهو ممن يقطع في السرقه قطعت يده اليمنى
ورجله اليسرى على مقدم الدليل على ان قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون
الله ورسوله الايه نزلت في قطاع الطريق وهو ان اقتضى ظاهرها التخيير
فالمراد بها الترتيب عندنا كما سنذكره ووجهه ما روى الشافعي عن
ابن عباس انه قال في قطاع الطريق اذا قتلوا واخذوا المال قتلوا
وصلبوا واذا قتلوا ولم ياخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا واذا اخذوا
المال ولم يقتلوا قطعت ايديهم وارجلهم من خلاف ونفيهم اذا
هربوا ان يطلبوا حتى يوخذوا فيقام عليهم الحد وقد روي مثل
ذلك عن قتاده وابي مجلز قال الاصحاب وقول ابن عباس اما ان
يكون توقيفا او لغه وايا ما كان وجب المصير اليه وقد روى ابو داود
في سننه ما قال ابن عباس انه قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم
ابا برزه الاسلمي فجا اناس يريدون الاسلام فقطع عليهم اصحابه

الماوردي وغيره

فسال جبريل بالحد فيهم ان من قتل واخذ المال قتل وصلب ومن قتل
ولم ياخذ المال قتل ومن اخذ المال ولم يقتل قطعت يده اليمنى ورجله
من خلاف قال وهذا بمنزلة المسند عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لان ما نزل
به جبريل لا يعلم الا منه ومن جهة المعنى انه ساوى السارق في اخذ
النصاب على وجه لا يمكن الاحتراز منه فساواه في قطع اليد اليمنى وزاد
عليه باخافة السبيل بشهر السلاح فغلظ بقطع الرجل وقد روى
ما يدل على هذا المعنى روى ابن لهيعة عن يزيد بن ابي حبيب ان عبد الملك بن
مروان كتب الى انس بن مالك يساله عن هذه الاية فكتب اليه يخبره ان هذه
الاية نزلت في العرنيين فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم جبريل عن القصاص
فيمن حارب فقال من سرق واخاف السبيل فاقطع يده لسرقته ورجله
لاخافته ومن قتل فاقتله ومن قتل واخاف السبيل واستحل الفرج الحرام
فاصلبه ولا تنافي بين ذلك وبين الاية لان كلمة او قد وردت في كتاب الله تعالى
للترتيب قال الله تعالى وارسلناه الى مائة الف او يزيدون معناه ويزيدون
والمحوج الى ذلك مع ما ذكرناه ان اختلاف العقوبات يوجب اختلاف
اسبابها في التغليظ والخفة والتخيير مفض الى ان يعاقب من قل
جرمه باغلظ العقوبات ومن كثر جرمه باخفها وهو ضد ما ذكرناه
والترتيب يمنع من هذا التناقض ويشهد له بان الله تعالى بدا
بالاغلظ فوجب ان يكون للترتيب ليمنع من هذا التناقض ويشهد له
على الترتيب لانه عرف القران بدليل كفارة القتل والظهار ولو كان
المراد التخيير لبدا فيها بالاخف مثل كفارة اليمين ثم لا فرق في
النصاب بين ان يكون لواحد او جماعة الرفقة اذا كان في حرز واحد كما
لا فرق بين ان يكون لواحد او جماعة في السرقة **تنبيه** ظاهر كلام
الشيخ يقتضي امورا احدها عدم اعتبار الحرز حيث اعتبر النصاب

واشفا

واشفا شبهة الاخذ وكونه ممن يقطع في السرقة وسكت عن
ذكر الحرز وهو وجه حكاه الماوردي عند ايراد الاخذ عن
القتل ووجهه ان الاحراز لا تؤثر مع القاهر الغالب ووجهه
القاضي الحسين بانه في قطع الطريق تفاحشت جنايته فغلظ
عليه والمشهور وبه جزم البندنيجي وابو الطيب وابن الصباغ
والمصنف في المهذب اعتباره حتى لو اخذ مالا من اتباع القافلة
او اخذ من الجمال المقطرة وقد ترك صاحبها تعهدها ونحو ذلك لا
قطع عليه لانه قطع يتعلق باخذ المال فيشترط فيه الحرز كقطع
السرقة. الثاني اذا كان للاخذ في المال شبهة لا يقطع وفي تعليق القاضي
الحسين ان الاب اذا اخذ مال ابنه هل يقطع يده ورجله فعلى قولين
احدهما يراعى فيه معنى السرقة فلا يقطع والاخر يقطع لانه محض حق
الله تعالى وهذا الخلاف له التفات على ما اذا قيل من لا يقاد منه في المحاربة
الثالث ان الذمي يقطع في المحاربة لانه يقطع في السرقة وكذا المعاهد على
احد القولين وقد صرح الاصحاب بعدم قطعهما وهو خارج ايضا من كلام
الشيخ لان الذمي والمعاهد بالحرابة ينتقض عهده ويصير من اهل الحرب
والحربي لا يقطع في السرقة فلا يقطع هنا وحينئذ يكون المراد بمن يقطع
في السرقة المسلم او المرتد البالغ العاقل المختار رجلا كان او امراة
فروع لو كان قاطع الطريق فاقد اليد اليمنى والرجل اليسرى قطعت
يده اليسرى ورجله اليمنى ولو كان فاقد اليد اليمنى او الرجل اليسرى
اكتفي بقطع الموجود كما يكتفى بقطع اليد الناقصة في السرقة وهذا ما
حكاه العراقيون وقال الامام انه لم يره منصوصا عليه في طرق
المراوزة ولكنه الذي يقتضيه القياس وفي الحاوي نسبته الى الشيخ
ابي حامد وحكى وجها اخر وقال انه عندي اشبه ان يكون الموجود

تبعا للمعقود وتعدل الى يده اليسرى ورجله اليمنى لان قطع كل طرف
منهما مقصود في نفسه وليس احدهما في اصل الخلقة من الاخر بخلاف
الاصابع التي هي من خلقة الكف فافترقا وقال الامام قد يخطر
للفقيه انا اذا وجدنا اليد اليمنى ولم نجد الرجل انا نعدل الى
اليد اليسرى بدلا عن الرجل اليسرى فانا لو لم نجد الرجل اليسرى واليد
اليمنى لقطعنا اليد اليسرى والرجل اليمنى وهذا لا نعول عليه ولا
وجه الا ما ذكره العراقيون ولو عاد لقطع الطريق بعد قطع اليد والرجل
قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى ولو قطع الامام ذلك ابتداء قال
الماوردي فقد اساء ولم يضمن ووقع ذلك موقع الاجزا ولو خالف فلو قطع
يده اليمنى ورجله اليمنى فانه يجب عليه القصاص ان كان عامدا والدية ان كان
جاهلا ولا يجزي عن قطع الرجل اليسرى لان الله تعالى نص على قطعهما من
خلاف فاوجب مخالفته النص الضمان وتقديم اليمنى على اليسرى في الحرابة
اجتهاد فسقط لمخالفته الضمان واعلم ان ما قطع اولا من اليد او الرجل
هنا لا يتوقف قطع العضو الاخر على برئه ولا على حسمه لانه حد واحد
نعم لو خاف على نفسه من القطع الاول ان لم يحسم قبل قطع الثاني فيحسم
الاول ثم يقطع الثاني والحسم هل هو حق لله تعالى او للمقطوع فيه الخلاف
السابق في السرقة صرح به الماوردي والقاضي الحسين قال وان اخذ دون
النصاب لم يقطع لانه قطع يجب باخذ المال فاعتبر فيه النصاب كما
في السرقة وهذا ما نص عليه في المختصر فعلى هذا يعزر من لم ياخذ كما تقدم
وقيل فيه قول مخرج انه يقطع اي مما اذا قتل في المحاربة من لا يكافئه
وهذا قول ابن خيران قال ابن الصباغ والبندنيجي قال والحرز غير
معتبر في هذا القطع فهو كالنصاب قال الماوردي ووجه كونه
اي هو وجه كلام ما يدل عليه ايضا وانه يقطع في قليله وكثيره كما ان

يعزر

الاستخفا

الاستخفا باخذه غير معتبر في الحرابة وان كان معتبرا في
السرقة ولنا يبني لقوله صلى الله عليه وسلم القطع في ربع دينار
فصاعدا ولم يفصل واما الحرز فهو معتبر على الصحيح كما ذكرنا
والفرق بين ما نحن فيه والكفاءة من وجهين كما حكاهما المجلي عن
الشيخ ابي حامد احدهما ان القطع المستحق في السرقة والحرابة جميعا
لله تعالى فلا يختلف المستحق به كالزنا لما كان حقا لله تعالى لم يختلف
الامر فيه بين ان يزني بحرة او امة وفي القتل المستحق له في غير
المحاربة الولي وفي المحاربة الله تعالى والولي فجاز ان يختلف المستحق
به كما اختلف المستحق والثاني ان النصاب هو الاصل في الموضعين
في وجوب القطع فاذا لم يوجد النصاب سقط القطع وليس كذلك القود
لان الاصل في وجوبه هو القتل والذي عدم صفة من صفات المقتول
فجاز ان يثبت حكم الاصل وان كان الوصف معدوما وقد وافق الشيخ على
تضعيف قول ابن خيران الجمهور وقال الماوردي عندي ان النصاب في
المال معتبر ان تفرد المحارب باخذه ولم يقتل وغير معتبر اذا اقترن باخذه
القتل لان القتل في الحالة الاولى مقصود وهو مغلظ بقطع الرجل فلا
يغلظ باسقاط النصاب وفي حالة اقتران القتل بالاخذ المال تبع
ولم يتغلظ مع القتل بقتله فتغلظ باسقاط النصاب والنصاب
هنا ربع دينار او ما قيمته ربع دينار كما في السرقة والاعتبار في حال قطع
الرجل والقيمة تعتبر في زمان الاخذ ومكانه ان كان موضعا جرت
العادة فيه ببيع وشراء او يوجد فيه من يبيع ويشتري وان كان لا يوجد ذلك
اعتبرت قيمته في اقرب المواضع التي يوجد فيها مثل ذلك وشراؤه ولا
تعتبر قيمته ذلك عند استيلاء الناس لاخذ اموالهم بالقهر والغلبة
قال الماوردي وهذه صفة القيمة في اعتبار النصاب وهذه المسئلة

قال فان قتل اى عمدا عدوانا من يكافيه لاجل اخذ المال حتم قتله
البندنيجي والحتم قتله لما ذكرناه مع الاية مع قول ابن عباس وغيره
ووجه انحتام القتل بالتغليظ عليه لان كل جرم اوجب عقوبة في غير
المحاربة اقتضى تغليظها في المحاربة كاخذ المال ومنهم من تمسك
بقوله تعالى ان يقتلوا قال وظاهره الايجاب لانه امر مقيد بشرط
وحكم الجرح في المحاربة والموت به بعد ايام قبل الظفر والتوبة حكم القتل
صبرا قاله الامام وابدا احتمالا لعدمه لو حصل الموت بعد الظفر والتوبة
في علم بحثه وقال العلة الاظهر نظرا الى حالة الجرح وانه يلتفت على ما اذا
جرح كافر كافرا ثم اسلم الجارح ومات المجروح في وجوب القصاص على الجريح
الجارح قولان ومعنى الانحتام انه لا يسقط بعفو ولي القصاص ولا بعفو
السلطان حتى يقتل من كان وارثا له ومستوفيه السلطان دون الولي وقد
قدمت في باب من لا يجب عليه الدية بالجناية عن الماوردي شيئا في ذلك وقد توافق
الفريقان على ما ذكرناه من الانحتام لكن اختلفوا في ان هذا القتل المحض
حق الله تعالى او للحق او المغلب فيه حق الله تعالى او حق الادمي كما ذكرته في
باب من يجب عليه القصاص مع بعض الفروع المترتبة عليه وما يرد على
الغزالي وامامه فيه وبقية الفروع يذكرها هنا ان شاء الله تعالى قال
الاصحاب جناية عن النفس واذا قتل سلم الى اهله ليغسلوه ويصلوا عليه
لانه مسلم قتل بحق قال الرافعي وقد حكينا وجها مطلقا انه لا يصلى عليه
قاطع الطريق اهانة له ولا يبعد ان يجي في هذه الصورة وكانه هو
اما اذا كان القتل خطا بان قصد شخصا فاصاب غيره او عمد خطا
فلا يقتل بحال وحكم الدية حكمها لو صدر ذلك في غير المحاربة ولو قتل من
لا يكافيه مع وجود عصمة المقتول فصل يقدم حكايته قولين فيه والصحيح
المنع فانه لو وجب لكان متحتما وهو تغليظ فلا يغلظ بالجناية بغير

المحافي

المحافي حتى لا يجتمع تغليظان والخلاف مبني عند الماوردي على انه يقتل
لمحض حق الله تعالى حدا او يقتل للمجموع والمغلب شائبة حق الادمي
واحدهما القاضي حسين وابن الصباغ بجريانهما لو قتل عبد نفسه
وراى الامام اختصاص ذلك بما اذا كان العبد مستاجرا او مادونا له
في الحفظ قال الغزالي وهو لا يشعر بانه عبده او معاشا وعن ابي اسحق
انه لا يقتل جزما قال ولو اخذ مال نفسه وهو ما اورده في المهذب وادعى
نفي خلافه واختاره الصيدلاني لانه لا يعرض الخيانة العبد عن المولى
لمضرة الى حرب الرفقة بل لو فرض فارض المقتول عبدا او مستاجرا فان
له ان يدريه عن الرفقة ولانه مملوك له والقتل يقع برقبته ولو
فرض مكاتبا لكان لهذا المحاورة القاتل وهو في الرفاق لا يقتل به لانه
بالموت انقلب لنا قلت وهذا اللفظ منه قد اطلقه القاضي ابو الطيب
وعنه في كتاب القسامة للرويه نظر فان الغزالي قد ادعى في كفارة اليمين
ان العتق بالموت يزول عنه الرق واذا كان كذلك فكيف يعود بالموت ولو لم
يكن المقتول معصوما كالمرتد فعن الحاوي ان القاتل ان لم يعلم بردته كان في
قتله قاتله الحالة في السابق وان علم بردته ولا يقتل جزما لان قتله
مباح ولو كان القتل العمد المحض العدوان لغير اخذ المال لم يتحتم القتل
قاله البندنيجي والله اعلم **فرع** لو قتل جماعة على الترتيب فعنه وجهان
حكاهما ابو الطيب وغيره في كتاب الجنايات وهنا احدهما عن ابن سريج انه
يقتل بالاول والثاني بجميع نظرا الى حق الله تعالى وهذا ما نسبه الماوردي
ثم الى الجمهور وبنى الماوردي هذا الخلاف على ان القتل يقع قصاصا او
حدا وانا على الاول توجب الدية للباقين ولا توجبها على القول الثاني
وكذا اذا مات قبل القتل او وقع القتل دفعة واحدة فانه يقتل بواحد
ويجب الدية للباقين على القول الاول ولا يجب على القول الثاني بمقتضيه

ملكهم [illegible]

مما تقدم في الجنايات ان ولي الاول لو عفى عن القصاص يقتل للثاني
ولا ينافيه كونه محتوم القتل فان القصد قتله كيف كان ويويد ذلك
انا قد ذكرنا من قبل انه لو لم يقتل الا واحدا او عفى عنه ولي القتيل
وغلبنا شائبة القصاص فقتلناه لله تعالى لم يرتد استوجب القتل
قصاصا فعفي عنه ولكن نقول لو قتل جماعة على الترتيب وهو مرتد فعفى
ولي الاول قتلناه عن الثاني في التهذيب في مسلتنا ان ولي الاول لو عفى لم يسقط
اخر هل يجب على قاطع الطريق بالقتل الكفارة حكى الرافعي عن الوهم للعبادي
انا ان قلنا قتله يراعى فيه معنى القصاص وجبت **قال** وان اخذ المال وقتل
قتل وصلب اي على خشبة ونحوها لما ذكرناه من الاية وقول ابن عباس
وغيره والصلب متحتم ايضا كما صرح به الاصحاب ودل عليه كلام الشيخ
من بعد لانه محض حق الله تعالى وجب بسبب اخذ المال في هذه الحالة
فكان كالقطع وقيل يصلب حيا ويمنع الطعام والشراب حتى يموت لان
الصلب اذا كان حدا وجب ان يكون في الحيوة لان الحدود لا تقام على
ميت ولان ذلك ابلغ في الازجار وهذا ينسب الى رواية صاحب التلخيص
وغيره وفي الحاوي نسبته الى قول ابي حامد ولعله اراد ان ابا حامد رواه
كما هو مذكور في الشامل وفي تعليق القاضي الحسين والنهاية ان الشافعي
حكى هذا المذهب عن بعض السلف حكاية استغرب بارتضاه فصار
صائرون من الاصحاب الى انه قول للشافعي وعلى هذا الى متى يستدام
صلبه بعد موته فيه الخلاف الاتي فيما اذا قتل ثم صلب حكاه الامام
وكذا الرافعي وقال انا اذا قلنا بالقول الذي رواه صاحب التلخيص
وانه ينزل بعد الثلاث فيغسل ويصلى عليه بعد ذلك وان قلنا لا ينزل
كما هو مذهب ابي علي بن ابي هريرة فلا يغسل ولا يصلى عليه وهو ما
حكاه القاضي الحسين في كتاب الجنايز عن ابن ابي هريرة ولفظ الغزالي في

كتاب الجنايز

كتاب الجنايز يفهم انا اذا قلنا يقتل مصلوبا فلا يغسل ولا يصلى
عليه على القولين لكنه قال ومن راى ان يقتل مصلوبا فعل فعل الا
يصلى عليه واستبعد ذلك بسوال اورده الامام حيث قال وكان
لا يمتنع ان يقتل مصلوبا ويترك فيغسل ويصلى عليه ثم يرد ولكن
لم يذهب اليه احد واستبعد ها هنا تصور غسله والصلاة عليه
بعد تساقطه وان لو قيل بجمع عظامه ويصلى عليها لكان على نهاية
البعد ومحل قال لا يبعد ذلك لامكانه مع ان القصد بالصلاة عليه
الدعا وهذا يلحقه وان كان قد تفرق مع البلي و الاول اصح لقوله
صلى الله عليه وسلم اذا قتلتم فاحسنوا القتلة وان في ذلك مثلة وقد يقدم
ان الاية نزلت بالمنع للمثلة حتى روي عن عمران بن حصين انه قال ما قام
رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك فينا خطيبا الا ونهانا عن المثلة وحثنا
على الصدقة والصلب وان كان حدا فالقصد به ردع غيره لان المقتول
لا يردع وانما يردع به الاحيا والردع بالصلب موجود في الاحيا وان كان
بعد القتل وقد وافق الشيخ على تصحيح الاول العراقيون والمراوزة
وبعضهم جعله المذهب وراما ذكرناه اقوال ووجه احدها حكاه
القاضي ابو الطيب وتبعه في المهذب عن رواية ابن القاص في التلخيص عن
الشافعي انه يصلب بلا اصل القتل ثم قال اصحابنا وهو مذهب
ابي حنيفة والثاني للشافعي وان ابتناه ولا الرافعي والبغوي قبل بعد
الثلاث ويقتل وفي الوسيط والمهذب وغيرهما انه يصلب حيا ويفصل
فيقتل بحديد مدفعة على وجه وهو مذهب ابي حنيفة ولم يقيد ذلك
بثلاث وهذا هو الوجه الذي اشرت اليه والثالث حكاه الامام والرافعي
وغيرهما عن ابن خيران اي الطبري سلمه انه يقطع يديه ورجليه لاجل المال
ويقتله لقتله ويصلبه لجمعه بينهما ووجهه القاضي الحسين بان رجل واحد

من القتل واخذ المال لو انفرد لوجبت فيه العقوبة فاذا اجتمعا
كان ذلك زيادة جناية فغلظ وزيد الصلب وهذا التعليل يقتضي
ان محل الخلاف اذا كان المال الماخوذ نصابا فيكون الخلاف في المذهب في
ضم القطع الى القتل والصلب لا غير والثالث حكاه الرافعي والامام
وغيرهما عن رواية صاحب التقريب انه ان اخذ نصابا وقتل قطع
وقتل ولم يصلب وان اخذ اقل منه قتل وصلب ويكون الصلب لاجل اخذ
المال وهذا ما حكاه القاضي الحسين عن ابي الطيب بن سلمة وهذا فيه
مخالفة للمذهب في امرين احدهما في جعل القطع عوضا عن الصلب عند اخذ
النصاب والثاني ايجاب الصلب عند اخذ دون النصاب مع القتل وهو
الذي اختاره الماوردي لنفسه كما حكيناه من قبل فان المذهب كما حكاه الرافعي
ان المال الماخوذ اذا كان دون النصاب لا يوجب الصلب وهو ما افهمه
كلام الماوردي ثم على راي ابن خيران يجب [قال] وان يصلب اي على القول الاول
اكثر من ثلاثة ايام هذا الفصل يقتضي امرين احدهما جواز صلبه ثلاثة ايام
وهو الذي نص عليه الشافعي لان في ذلك اشتهار الحالة وتتميما للنكال لكن
ظاهر النص انه لا فرق في ذلك بين ان يخشى تغيره فيها او لا وقد قال به بعض
الاصحاب وقال القاضي ابو الطيب انه سمع الماسرجسي يقول هذا قاله
الشافعي اذا كان البلد باردا او الزمان معتدلا اما اذا كان الحر شديدا
فانه يصلب الى وقت ان يترك بعده تغير ثم يحط فيغسل ويكفن ويصلى
عليه لان في ادامة الصلب تفويتا لامر الغسل وغيره وهذا ما اورده في
المهذب والقاضي الحسين في تعليقه والماوردي وصححه الرافعي الثاني
ان لا يزاد على الايام الثلاثة ووجه اعتبار ذلك ان للثلاث اعتبارا
في الشرع وليس لما زاد عليها غاية الا ان يسيل صديده وذلك يسقط
واجبات الغسل والتكفين والصلاة والدفن وهذا لا يجوز لان الحدود كفارات
لاهلها كذلك قاله ابو الطيب والمصنف ومقتضاه انا لا نغسله ولا

نكفنه ولا نصلي عليه قبل الصلب بل نفعله بعد الحط وقد صرح به
الامام هنا والقاضي الحسين والبغوي وصاحب المرشد وحكاه السنجي
عن النص وجزم الغزالي والرافعي في كتاب الجنائز وهنا بانا نغسله
ونصلي عليه قبل الصلب ثم يصلب مكفنا وقيل يصلب حتى يسيل صديده
لان الصليب وهو الخشبة انما سمي صليبا لسيلان صليب المصلوب عليها
وهو الودك فيجب ان يترك الى ان يحصل السيلان ولان الصلب شرع في حقه
تغليظا عليه فلا يكون تغليظا عليه وهذا قول ابن ابي هريرة
وبعضهم زاد في الحكاية عنه انه يترك حتى يتهرى ويسيل صديده وفي تعليق
القاضي الحسين نسبة هذا الوجه على هذا النعت الى صاحب التلخيص وحكاه
الامام كذلك ولم يعزه لاحد ثم حكى عن الصيدلاني انه يترك حتى يتساقط ثم
قال ولم [illegible] منه شيء فاني لم اره لغيره والذي ذكره بعض الاصحاب انه
يترك حتى يسيل صليبه والتساقط يقع بعد سيلان الصليب بمدة طويلة
ثم على هذا الابتداء [illegible] اذ لا بد منه انتهى وفي التنبيه عن ابن ابي هريرة
انه يترك حتى يسيل صديده الا ان يتاذى به الاحياء وقد حكى القاضي حسين
ذلك وجهين في المسالة من غير ان ينسبهما لاحد ثم ما ذكرناه عن
الاصحاب من قبل يقتضي ان ابن ابي هريرة لا يرى ايجاب غسله والصلاة
عليه وقد صرح به البغوي عنه وحكاه الامام في الجنائز ولم يعزه
اليه وحكاه هنا عن الصيدلاني تفريعا على انه يصلب حتى يسيل صديده انه
يقتل ويغسل ويصلى عليه ثم يصلب وان الاصحاب اتفقوا على ان
الغسل والصلاة عليه لابد منه وهذا ما لا يخص القاضي حسين وقد حكى
الامام في الجنائز وجها مطلقا ان قاطع الطريق لا يغسل ولا يصلى
عليه استهانة به وتحقيرا لشانه وليس بشيء لفوات ما ذكرناه
مع تاذي الناس بريحه وقد وافق البحث في هذا اللفظ القاضي ابو الطيب

وما ذكرناه من الصلب هو المشهور من المذهب وفي تعليق القاضي حسين
انه قيل يعني الصلب ان يطرح في الشمس حتى يسيل صليبه لا انه يصلب
على الخشبة قال وان هذا يحكى عن ابن ابي هريرة وفي الرافعي ان الروياني
حكى ذلك عن القاضي في جمع الجوامع **تنبيه** الصديد الدم المختلط
بالقيح كذا قاله ابن فارس وقال الجوهري هو ماء رقيق يخرج من الجرح مختلطا
بدم قبل ان يغلظ المدة والعلامة منه كما قال ابن فارس اصل الجرح
فرع لو مات قاطع الطريق قبل القتل من المحدث حكاية وجهين في
صلبه احدهما وهو قول الشيخ ابي حامد انه يسقط لان الصلب تابع للقتل
وصفة له وقد سقط وقد حكى الماوردي وابن الصباغ هذا الوجه عن
رواية الحويرث شريح النقال عن الشافعي قال الماوردي وكذا الوجه انه
يعمل بصلبه والصحيح حكاه عن الشافعي وقال انه قال حسابه على
الله ان شاء عذبه وان شاء غفر له والثاني وهو كما قال الشيخ القاضي
ابي الطيب انه يصلب لانهما حقان فاذا تعذر احدهما لم يسقط الآخر
قال وان جنى قاطع الطريق جناية توجب القصاص فيما دون النفس
اي كما اذا قطع اليدين او الرجلين او الاذنين او الانف ونحو ذلك
وفقأ العين ففيه قولان احدهما يتحتم فيه القصاص قياسا على
النفس وهذا ما قاله في سائر نسخه عن الجديد قال الماوردي وعلى هذا
هل يراعى فيه الكفاءة فيه قولان كالقصاص في النفس والثاني لا يتحتم لقوله تعالى
انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الى قوله ان يقتلوا فحتم القتل ولا يخلو
اما ان يكون تنبيه على الجرح او قصد به المخالفة بينهما والاول لا
يجوز لان القتل اغلظ ولا ينبه بالاعلى على الادنى وانما ينبه بالادنى
على الاعلى كما في قوله تعالى فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره وقوله تعالى ولا
تقل لهما اف فتعين الثاني ومن جهة المعنى انه نوع تغليظ لا يتبعض

قوله

يحل

يتحتم في النفس فلم يتحتم فيما دون النفس كالكفارة وهذا هو الذي
قال القاضي ابو الطيب انه المنصوص وعزيه انه المنصوص في
المختصر كما قاله الماوردي وهو الصحيح في الكافي وعند الرافعي والنووي
والفرق بين النفس والطرف كما حكاه القاضي ابو الطيب عن رواية
الماسرجسي عن ابن مهران صاحب ابي اسحق المروزي ان قاطع الطريق
يقصد القتل في اخذ المال فغلظ عليه بالانحتام وعلى هذا لا بد
في الاستيفاء من المكافاة وقد حكى الامام عن بعضهم تخصيص
الخلاف بما عدا اليدين والرجلين وانه قطع بالانحتام في
اليدين والرجلين لانهما يستحقان في المحاربة وفي الابانة
الجزم بعدم الانحتام في قلع العين وقطع الاذن وحكاية
القولين في اليدين والرجلين وعند الاختصار يجتمع في المسألة
ثلاثة اقوال او اوجه كما اوردها الامام والغزالي في الوجيز
ولا خلاف في ان عقوبة سائر الجراح الواقعة في الحرابة غير ما
ذكرناه لا تتحتم لان القصد بالحرابة القتل واخذ المال دون ما عداهما
من سائر المعاصي فيغلظ فيهما ما كان مقصودا ابقاء لم يغلظ
بما ليس مقصودا ابتداء **فرع** لو كان الجرح مما يجري فيه القصاص
كالهاشمة وقلنا يتحتم القصاص ليستوفى منه في الموضحة وبقي للمجني
عليه خمس من الابل في مقابلة الهشم قاله الماوردي **قال** وان وجب
عليه الحد على [illegible] طلب ابدا الى ان يقع عليه الحد لما ذكرناه
من الآية مع قول ابن عباس لانه اذا طلب ليقام عليه الحد
[illegible] اذا الهرب فاسق من دار الاسلام وحكى الامام عن [illegible]
انه كان يقول [illegible] تغليظات حد المحاربين الا انه اختلفوا في ان
من استوجب حدا وهرب هل يسقط الحد عنه وهذا لا استوجبوا الحدود

وان هربوا فلا يجوز ان يتركوا بل يلحق الطلب بهم فان تركهم يجر شرا عظيما فيقل سفاهم ويبلغ مبلغا يعجز الامام عن تسديده وان تاب قبل ان يقدر عليه سقط عنه انحتام القتل والصلب وقطع الرجل لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم ولا يحتاج في سقوط هذه الاشياء بالتوبة الى اصلاح العمل بخلاف حد السرقة والزنا ونحوهما ان قلنا انها تسقط بالتوبة فانه لا بد فيهما من اصلاح العمل قال الاصحاب من العراقيين كالماوردي وابي الطيب وابن الصباغ والفرق بينهما من المعنى ان الله تعالى فرق بينهما في الكتاب العزيز ان المحارب اذا تاب فالظاهر انه ما تاب تقية بخلاف غيره على ان الامام قد نسب ما ذكرناه في غير المحاربة الى اختيار القاضي الحسين وحكى وجها اخر ونسبه الى سائر الاصحاب وانهم مجمعون عليه ان حكم غير المحاربة كحكم المحاربة ثم اذا سقط انحتام القتل هل يبقى معه الخيار في القتل قال الاصحاب ان كان القاتل لا يقتل بالمقتول في غير المحاربة فلا يبقى ايضا صرح به ابو الطيب والبغوي وان كان يقتل به بقي فيقتل به اذا رأى الولي وهذا ما اورده العراقيون والبغوي وبعض المراوزة بنى ذلك على ان القتل في المحاربة محض حق الله تعالى او يقتل بمجموع الحقين فعلى الاول لا شيء عليه ويسقط اصل القتل وعلى الثاني وهو الاظهر يبقى الخيار للولي وحكى الرافعي انه خرج وجه في القصاص وحد القذف انهما يسقطان بالتوبة لانهما يسقطان بالشبهة كحدود الله تعالى وعن كتاب ابن كج ان ابا الحسين نقله قولا عن القديم في حد القذف وقيل يسقط قطع اليد لانه من احكام المحاربة من حيث انه لا يراعى فيه الاستحقاق في اخذ المال وهذا قول ابن ابي هريرة وابي علي الطبري كما قاله ابن الصباغ واكثر الاصحاب كما قاله في الحاوي وبه اجاب البغوي

وفي الوجيز

وفي الوجيز وصححه في الوسيط وكذلك الرافعي وقيل لا يسقط الا بعين التوبة لان القطع ليس من احكام المحاربة بل هو من احكام اخذ المال على وجه يتعذر الاحتراز منه ولذلك اعتبر فيه اخذ النصاب والحرز كالسرقة وهذا قول ابي اسحق واختاره الشيخ ابو حامد كما قاله البندنيجي وتبعه الماوردي وعلى هذا هل يسقط اذا انضم الى التوبة اصلاح العمل فيه الخلاف الاتي في حد السرقة ولو تاب بعد الظفر لم ينفعه التوبة عند العراقيين وخرج القاضي الحسين وتبعه الامام والبغوي ان في سقوط ما يختص بقطع الطريق وما لا يختص به قولين وهذا الطريق محكي عن الفوراني والصيدلاني ايضا وقد يقال لا مخالفة بين الطريقين لان القائل بسقوط حد المحاربة بالتوبة بعد الظفر جعله كسقوط حد السرقة والزنا فيعتبر فيه اصلاح العمل بخلاف ما قبل الظفر كما تقدم والى هذا اشار القاضي لكن الماوردي وغيره جزموا القول بان التوبة في حد السرقة والزنا ونحوهما بعد الظفر لا تسقط الحد كما في المحاربة وان محل الخلاف في اسقاطها الحد اذا كانت قبل الظفر كما سنذكره وهذا يمنع الجمع وسنذكر ذلك عند الكلام فيه ان شاء الله تعالى ثم اذا قلنا باحكام العراقيين فلو ادعى المحارب بعد القدرة عليه انه تاب قبل القدرة قال الماوردي في الاحكام السلطانية ان لم تقترن بالدعوى امارات تدل على التوبة لم يقبل دعواه في سقوط حد وان اقترن بها امارات تدل على التوبة ففي القبول لعذر بينة وجهان محتملان احدهما يقبل ليكون ذلك شبهة يسقط بها الحد والثاني لا يقبل الا ببينة عادلة تشهد بالتوبة قبل القدرة لانه حد قد وجب والشبهة ما اقترن بالفعل لا ما تأخر عنه وقد يخرج مما يدل الناس وقد ضمنه الاصحاب مسائل ذكر الشيخ بعضها في

الباب الذي يليه فلنقتصر به ونذكرها فيه ان شاء الله تعالى ٥

باب حد الخمر

٥ اسم الخمر يقع حقيقة عندنا على عصير
العنب الذي اذا صار مسكرا لحدوث الشدة المطربة فيه ولا يشترط
فيه ان يقذف بالزبد خلافا لابي حنيفة فانه شرط في صدق التسمية ان
يقذف بالزبد كما قاله الماوردي وحينئذ فاذا قذف بالزبد صار الاسم
حقيقة عليه بالاتفاق وعلى ذلك جرى ابو الطيب والشيخ والبغوي وابن الصباغ
وادعى القاضي حسين ان عصير الرطب الذي اذا اشتد وغلا وقذف بالزبد
يكون خمرا حقيقة بالاتفاق كعصير العنب الذي اذا صار كذلك وعليه جرى
البغوي وغيره وعن الروياني انه اورده واستغربه ولم سمي ذلك خمرا فيه
ما وجهان احدهما لكونه يخمر في الاناء حتى يصير خمرا اي يغطى ولو لم يغط لم يصر خمرا
والتخمير التغطية ومنه سمي خمار المراة لانه يغطيها ويسترها والثاني لكونه
يخامر العقل بالسكر اي يغطيه ويخفيه وهل يقع هذا الاسم حقيقة على ما
عدا ذلك من الاشربة فيه وجهان احدهما المرجح لا وهو راي ابي هريرة كما
قال الماوردي واكثر الاصحاب كما قاله ابو الطيب وابن الصباغ لعدم ان
الاشتراك في الصفة يقتضي الاشتراك في الاسم ولان ابن عمر قال خطب عمر
على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فحمد الله واثنى عليه ثم قال اما بعد
الا وان الخمر نزل تحريمها يوم نزل وهي من خمسة اشيا من الحنطة والشعير
والتمر والزبيب والعسل والخمر ما خامر العقل ذكره مسلم وجه
الدلالة انه قال والخمر ما خامر العقل وهذا المعنى موجود في الاشربة والذي
حكاه الرافعي عن الاكثرين انه لا يكون حقيقة وقد كان المسلمون يشربون الخمر في
صدر الاسلام لكن اختلفوا انه الحقها في الجاهلية او بشرع ورد في اباحتها
فيه وجهان لاصحابنا اشبههما عند الماوردي الاول ووجه الثاني
قوله تعالى ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا اي ما اسكر من

الخمر

الخمر والنبيذ كما قاله ابن عباس ومجاهد وقتادة وهذه الاية نزلت
قبل تحريم الخمر وورد في تحريمها اربع ايات فالاولى وهي التي ادعى الحسن البصري
ان التحريم وقع بها وما بعدها مؤكد لها قوله تعالى في سورة البقرة يسالونك
عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس على اختلاف القراتين واثمهما
اكبر من نفعهما وما كان اثمه اكبر من نفعه لا يكون مباحا ولانه غلب الاثم على
المنفعة فقال واثمهما اكبر من نفعهما والحكم للغالب والثانية في سورة
النساء قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون والثالثة
وهي التي ادعى قتادة واكثر العلماء ان التحريم وقع بها وهو قوله تعالى في سورة
المائدة انما الخمر والميسر الى قوله فهل انتم منتهون وقد استدلوا بما روى محمد بن
اسحق عن ابي ميسرة عن عمر انه قال اللهم بين لنا في الخمر بيانا شافيا فنزلت الاولى
فقرئت عليه فقال اللهم بين لنا في الخمر بيانا شافيا فنزلت الثانية فقرئت عليه
فقال اللهم بين لنا في الخمر بيانا شافيا فنزلت الثالثة فلما سمعها قال انتهينا
انتهينا وقد خرج هذا عن عمر ابو داود والنسائي والترمذي وقال المرسل
اصح والرابعة في الاعراف وهي قوله تعالى قل انما حرم ربي الفواحش ما ظهر
منها وما بطن والاثم والاثم هنا في قول الاكثرين الخمر لقول الشاعر
شربت الاثم حتى ضل عقلي كذاك الاثم يذهب بالعقول
قال الماوردي وقال بعض المتاخرين وليس الامر كذلك لانه اشتق تحريمها لما فيها
من صريح التحريم وهو في غيرها من طريق الاحتمال وقد ورد في السنة
ما يؤكد التحريم روى ابو داود وابن ماجه عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها
ومعتصرها وحاملها والمحمولة اليه قال القاضي ابو الطيب وقد ورد
في الصحيح عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر في الدنيا ولم
يتب حرمها في الاخرة وذلك يقارب لفظ مسلم كما سنذكره وروى مسلم

باسناده عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يزني الزاني حين يزني
وهو مؤمن ولا يشرب الخمر حين يشربها وهو مؤمن ولا يسرق السارق
حين يسرق وهو مؤمن قال القاضي وفيما روي عن ابن سريج نزع منه
عند شربها الايمان وذكر الماوردي في تاويله اربعة اوجه غير هذا
ونقل المصنف اجماع الامة على تحريم عصير العنب النيء اذا اشتد وان
لم يقذف بالزبد وكذا العصير الرطب كما حكاه القاضي الحسين وتبعه
الامام والبغوي وما روي عن قدامة بن مظعون وعمرو بن معدي كرب
من اباحتها لقوله تعالى ليس على الذين امنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا
قال عمر وقوله تعالى فهل انتم منتهون فسكت وسكتنا فقد تبين رجوعهما
عنها لما اخبرهما الصحابة بتحريمها قال اصحابنا ويكفر من شرب عصير العنب
النيء اذا اشتد وقذف بالزبد مستحلا له لثبوت تحريمها بالاجماع
فصار كمن صدق المجمعين على التحريم ثم جحد فانه يكون راد الشرع
قال الرافعي وهذا التعليل ان صح فليجر مثله في سائر ما حصل الاجماع
على افتراضه او تحريمه فنفاه وقال الامام اطلاق القول بتكفير مستحل
الخمر لم يصدر من الفقهاء عن ثبت وتحقيق وكيف ما نكفر من خالف الاجماع
ولا نكفر من رد اصل الاجماع وانما نبدعه ونضلله والسر اللطيف
فيه انا نكفر من لا يصدق المجمعين في نسبتهم ما ذكروه الى الشرع ضرورة
وعلى هذا ينطبق قول ابن الصباغ انا نكفره لانه كذب النبي صلى الله عليه وسلم
فانه قد علم ضرورة من جهة النقل تحريم النبي صلى الله عليه وسلم اياها وقد
ادعى القاضي حين يكفر من شرب عصير الرطب النيء اذا اشتد وقذف بالزبد
مستحلا له وتبعه البغوي وصاحب الكافي ولا خلاف في عدم تكفير من
شرب سائر الانبذة مستحلا لها **قال** كل شراب اسكر كثيره حرم
قليله وكثيره اما تحريم الخمر فقد تقدم دليله واما ما عداه فان قلنا

بانه خمر

بانه خمر حقيقة فكذلك وان قلنا انه ليس بخمر فوجه التحريم ما روى
مسلم عن عمر ما ذكرناه من قبل وما رواه النعمان بن بشير ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال الخمر من خمسة وذكر ما ذكرناه عن عمر ورواية ابي داود نحو من
هذا وروى الشافعي بسنده عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
كل مسكر حرام وروى ابو داود عن عائشة انها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول كل مسكر حرام وما اسكر منه الفرق فملء الكف منه حرام وروى
عمر بن الخطاب وولده عبد الله وجابر بن عبد الله باسانيد صحيحة ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال ما اسكر كثيره فقليله حرام وقد خرجه ابو داود والترمذي وكذا النسائي
وخرج الامام احمد ان النبي صلى الله عليه وسلم قال كل مسكر خمر وكل خمر حرام وكذلك
خرجه من طرق اخر جماعة منهم الحافظ المروزي وروى مسلم عن ابن عمر ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال كل مسكر خمر وكل مسكر حرام ومن مات وهو يشربها
بل يدمنها لم يتب لم يشربها في الاخرة وقد روى الشافعي بسنده عن عائشة
انها قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع فقال كل شراب اسكر فهو
حرام واخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه وفي رواية
والبتع نبيذ العسل واهل اليمن يشربونه وهو بكسر الباء الموحدة
وسكون التاء المثناة الفوقية وفتحها ايضا وسمي هذا الشراب سمي نبيذ
الشعير الجعة ونبيذ الذرة والحنطة المزر ونبيذ التمر الفضيخ
ونبيذ التمر الذي لم تمسه النار السكر ولان الله تعالى علل تحريم الخمر
بما يحدث عنه من العداوة والبغضاء ويصد عن ذكره وعن الصلاة وهذا
المعنى موجود في النبيذ لوجوده في الخمر فوجب ان يساويه في التحريم
لاستوائهما في التعليل **قال** ومن شرب المسكر وهو مسلم بالغ عاقل مختار
اي عالم بانه مسكر وتحريمه **قال** وجب عليه الحد اي سواء سكر او لم
يسكر لما روى الترمذي بسنده عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

اذا شربوا الخمر فاجلدوهم ثم ان شربوا فاجلدوهم ثم ان شربوا فاجلدوهم
ثم ان شربوا فاقتلوهم وروى الشافعي بسنده عن قبيصة بن ذؤيب ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه ثم ان عاد فاجلدوه في الثالثة
او الرابعة فاقتلوه فاتي برجل قد شرب فجلده ثم اتي به فجلده ثم اتي به فجلده ورفع
القتل وكانت رخصة قال الشافعي والحديث منسوخ بهذا الحديث وغيره وانما
قال وغيره لان هذا الحديث مرسل واختلف فيما اراد بغيره على وجهين
احدهما حديث عثمان بن عفان عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل دم امرئ
مسلم الا باحدى ثلاث وقد اشار اليه في كتاب الام والثاني ما رواه محمد بن
المنذر ومحمد بن اسحق عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من شرب
الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه ثم ان شرب فاقتلوه
فاتي برجل قد شرب الخمر فجلده ثم اتي به الثانية فجلده ثم اتي به الثالثة فجلده ثم
اتي به الرابعة فجلده ووضع القتل ان هذا الحديث مسند والاجماع كما
قال القاضي والامام على انه منسوخ فقد دل ما ذكرناه على ايجاب الحد في
الخمر فان قلنا انه حقيقة في كل مسكر فذاك والا فالقول في شرب النبيذ انما
محرما لدعو النفس الى شربه كما دللنا عليه فوجب عليه الحد قياسا على
الخمر وهما في الحد سواء وان كان الخمر اغلظ كما كان الحد في الخمر يستوي
فيه من سكر منه ومن لم يسكر وان كان السكر اغلظ اثما **تنبيه** ادخل
الشيخ بما ذكره فمن يجب عليه الحد من اعتقد من المسلمين اباحة النبيذ واخرج
اهل الشرك وقد تقدم ذكر ذلك في اقامة الحد على المسلم المعتقد الحل
بشبهة وهو الحنفي اذا لم يسكر به وعلى الذمي في باب عقد الذمة لكن الصحيح
والمنصوص عليه وجوبه على الحنفي وعدم ايجابه على الذمي كما ذكره الشيخ
وعلى مقابله لو كان شاربه يعتقد تحريمه كالشافعي ففي ايجاب الحد وجهان
في طرق المراوزة قال الرافعي ان الاظهر المنع ايضا واحترز بلفظ الاختيار عن

المضطر

احدهما

المضطر الى شربها وذلك مفروض في صورتين احدهما على تعاطي الشرب بنفسه
فانه لا حد عليه على المشهور جزما او جزم فيه وعن كتاب ابن كج حكاية
وجهين فيه قلت ويمكن بناؤهما على ان الاكراه هل يبيح شربه وفيه
وجهان حكاهما القاضي في كتاب الجنايات وقال ان الصحيح اباحته
وهو الذي جزم به غيره وادعى الغزالي نفي الخلاف فيه هنا وحكى في كتاب
الجنايات فيه وجهين في الوجوب ومحل عدم الوجوب اذا لم يجب على
وجهه وما لحل محل الوجه الثانية من اضطر الى شربه وفي الكلام
في انه مباح او محرم مذكور في باب الاطعمة فان قلنا باباحته فلا حد
اذ اي حالة الاباحة وان منعناه فقد قال الغزالي في الوجيز انه لا حد
عليه وهو ما اورده في الحاوي حيث قال من اضطر الى شرب المسكر لشدة
عطش او تداوى مرضا او وصل الطب من شربه بدل لا حد عليه وان كان
شربه في هاتين الحالتين مختلفا فيه وفي النهاية ان الائمة المعتبرين اطلقوا
اقوالهم في الطرق بان التداوي بالخمر حرام وان المتداوي بها محدود
وهذا ما حكاه في الابانة عن حكاية عن القاضي انه قال ان شرب على قصد
التداوي لم يحد وهذا اشار الى تسويغ التداوي وفي الوسيط ان القاضي
قال لا يحد الشارب ان قصد التداوي وكانه جعل ذلك شبهة في
الاسقاط وحكى الماوردي في الاحكام انه اذا شرب لاجل التداوي لا
يحد بخلاف ما اذا شربه للعطش ولو لم يعلم الشارب بان ما شربه مسكر
فلا حد عليه وكذا لو علم بانه مسكر ولم يعلم تحريم الشرب لقرب عهده
بالاسلام ولو علم التحريم وجهل وجوب الحد حد **قال** وان كان حرا جلد
اربعين لما روى مسلم عن حضين بن المنذر ابي ساسان قال شهدت عثمان
ابن عفان اتي بالوليد فشهد عليه حمران انه شرب الخمر وشهد اخر
انه رآه يتقيأ فقال عثمان لم يتقيأ حتى شربها فقال لعلي قم فاجلده فقال

ضي

على قوم يا حسن فاجلده فقال الحسن ول حارها من تولى قارها
فكأنه وجد عليه فقال يا عبد الله بن جعفر قم فاجلده فجلده وعلي
يعد حتى بلغ اربعين فقال امسك ثم قال جلد النبي صلى الله عليه وسلم اربعين وابو بكر
اربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا احب الي وعن انس بن مالك ان
النبي صلى الله عليه وسلم اتي برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين اربعين وعنه ايضا
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يضرب في الخمر بالنعال والجريد اربعين رواهما
مسلم ايضا واختار ابن المنذر وهو من اصحابنا مذهب ابي حنيفة ومالك في
قدر الحد وهو ثمانون قال وان كان عبدا جلد عشرين لانه حد يتبعض فكان
العبد فيه على النصف من الحر كحد الزنا وفي تعليق القاضي الحسين بعد حكايته ما
ذكرناه ومنهم من قال حد العبد اربعون كالحر وهو غلط قال وان راى الامام ان
يبلغ بالحد في الحر ثمانين وفي العبد اربعين جاز لما روى مسلم عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم
جلد في الخمر بالنعال والجريد ثم جلد ابو بكر اربعين فلما كان عمر ودنا الناس
من الريف والقرى قال ما ترون في جلد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف ارى ان
تجعلها كاخف الحدود قال فجلد عمر ثمانين وروي ان عمر لما استشار الصحابة
في الخمر قال علي بن ابي طالب انه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى
افترى وحد المفتري ثمانون فاخذ به عمر ولم ينكره احد وهذا يعزى
الى رواية الموطا وقد روي عن محمد بن الحسن عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم
جلد شارب الخمر ثمانين وهذا نص لكنه مرسل والعمل على اتفاق الصحابة
والريف المذكور في الخبر قيل ارض فيها زرع ونخل وقيل هو ما قارب الماء
من ارض العرب ومن غيرها وقيل الريف ارض فيها زرع وخصب وقيل هو
الخصب والسعة في الماكل والمشرب وهو بكسر الراء المهملة وبعدها
ياء اخر الحروف ساكنة وفا وقد روي المراوزة وجها انه يمتنع عليه الزيادة على

الاربعين لما روي ان علي بن ابي طالب رجع عن ذلك وكان يضرب في
خلافته اربعين وفي النهاية ان القاضي قال ان الصحيح من مذهبنا الحد
الذي ذكره شيخي وسقط الاليه الاول وعلى هذا قال الزيادة الى ما فوق
الاربعين وما دون الثمانين بالجواز اولى لكن الزائد على الاربعين هل هو
حد او تعزير فيه وجهان في تعليق القاضي الحسين وعن احمد بن ابي اسحق
المروزي انه حد لكنه اضعف من الاربعين الاولى لانها ثابتة
بالسنة وهذه باجتهاد الصحابة وانعقد وهذا ما نص عليه الامام
الشيخ حيث قال يبلغ بالحد وأظهرهما وهو الذي اورده الاكثرون
ومنهم الشيخ ابو حامد وابن الصباغ وابو الطيب والبغوي انه تعزير لانه لو
كان حدا لما جاز تركه ويجوز ان يزال ويقتصر على الاربعين فان قيل
لو كان تعزيرا لما جاز ان يبلغ به قدر الحد وقد جاز قيل الجواب ان
الاربعين الزائد على الحد ليست في مقابلة التعزير بل الشرب
لان فيه حدا والحد فيه تعزير والتعازير في مقابلة الجنايات المتولدة منه
من هذيان وافتراء ونحوه ويجوز ان يبلغ تعزير جنايات مبلغ حد قال الرافعي
وهذا ليس بصاف فان الجناية التي تعزر عليها لابد من تحققها وان
كان لا بد من التعزير بالجناية المتوقعة فهي غير منحصرة فليجز الزيادة
على الثمانين وقد منعوها فالوجه هو الاول ويكون حد الشرب مخصوصا
من بين سائر الحدود بان يحتم بعضه ويتعلق بعضه باجتهاد الامام
واعلم ان ما ذكرناه في شرب المسكر مطرد فيما اذا اكل المسكر من التراب
خبزا او ثرد فيه واكل الثريد وكذا لو طبخ به اللحم واكل المرق كما قاله
ابن الصباغ وان اكل اللحم فلا حد لان عين المسكر لم يبق بخلاف
المرق فان عين المسكر فيه وكذا لو عجن به الدقيق وخبزه واكل الخبز
فلا حد وروي ابن كج فيه وجها آخر قال الرافعي وفي معنى هذه الصورة

المعجون الذي فيه الخمر والظاهر انه لا حد فيه لاستهلاكه وقد حكى
الوجهين في هذه الصورة صاحب البحر وقبل كتاب الاشربة واب باوراق
بيسيره وقال الصحيح المنع لانه لا يتلذذ به وعلى هذا قال الامام من
شرب خمرا وماء وقعت فيه قطرات من خمر والماء غالب بصفاته لم يحد
لاستهلاك الخمر فيه ثم اجال الكلام فيه على باب الرضاع ولو استعط
بالخمر او احتقن لم يحد قاله ابن الصباغ لانه ليس باكل ولا شرب

تنبيه ظاهر كلام الشيخ يقتضي انه متى شرب المسكر جلد وقد قال الاصحاب من
العراقيين وغيرهم لا يقام عليه الحد في حال سكره وسكتوا عما اذا افعل
في حال السكر هل يعتد به ام لا وحكى القاضي الحسين فيه وجهين احدهما
لا يعتد به والثاني يعتد به واجراهما فيما اذا افاق ثم جن فحد في حال
جنونه ووجه المنع بان المقصود منه الردع والزجر وهو لم يرتدع
ولا ينزجر بذلك ووجه مقابله انه ان لم يرتدع ارتدع غيره

قال وان ضرب الحر احدا واربعين اي ضرب بالايدي والنعال واطراف الثياب ذلك
ففيه قولان احدهما يضمن نصف ديته لانه لو ضربه كما ذكرناه اربعين ومات
لم يضمنه كما صرح به الغزالي لانه الحد الذي اقامه رسول الله صلى الله عليه وسلم
على الشارب فكان كما لو ضرب في الزنا مائة فمات فانه لا ضمان واذا
كان كذلك فقد مات من غير مضمون ومن مضمون وهو الزائد على الاربعين
لانه تعزير والتعزير مضمون كما تقدم فوزع الجرم عليهما نصفين كما لو
جرح نفسه عشر جراحات وجرحه اخر جراحة والثاني يضمن جزءا من
احد واربعين جزءا من ديته لان الضرب يقع على ظاهر البدن فهو قريب من
التماثل فيقسط الضمان على عدده بخلاف الجراحات فان رب جراحة
لها غور لا يحصل من جراحات وهذا اصح عند النواوي وفي المرشد
وعلى هذا لو كان الزائد على الاربعين عشرة ضمن خمس الدية ولو كان

اربعين

اربعين لم يضمن الا نصف الدية ولو كان خمسين ضمن على هذا خمسة
اتساع الدية وعلى هذا فقس اما اذا ضربه بالسياط فان قلنا
بقول ابن سريج وابي اسحق الاتي كما ستعرفه فالحكم كما تقدم وان قلنا
بالمنصوص فان قلنا انه يضمن جميع الدية عند اقتصاره على الاربعين فعند يضمن
الزيادة عليها اولى وان قلنا ثم يضمن نصف الدية فكذلك هنا ذكره القاضي
قال الرافعي في كتاب موجبات الضمان وفي كتاب ابن كج ان ابا حفص بن الوكيل
وعبد الله بن محمد الفارسي نسبا الى الشافعي قولا بوجوب جميع الضمان في هذه الصورة
وان قلنا ثم يضمن بقدر ما زاد على الاربعين واجرينا هذا اللفظ على ظاهره
كما ستعرفه ثم فينظر ان قال يضمن هنا جزءا من احد واربعين جزءا من ديته
وما زاد على النعال وغيرها مما ذكرناه في صورة الكتاب كلامان احدهما قد يظن
انا اذا قلنا ان الزائد على الاربعين الى الثمانين من الحد لا يضمن شيئا اصلا كما
قلنا في الاربعين وليس كذلك لان قائله قال كما حكاه القاضي الحسين انه اضعف
من الاربعين لانه ثبت بالاجتهاد ولهذا المعنى لو مات من الاربعين الاولى
لم يضمن ولو مات من الاربعين الثانية وجب الضمان الثاني قال الامام
اذا قلنا بقول ابن سريج وابي اسحق المروزي انه لا يجوز الضرب بالايدي والنعال
واطراف الثياب فلا شك على هذا انه يثبت الضمان لو حصل التلف من الاربعين
ولكن واذا كان هذا لا يعني حالة الزيادة اولى

فرع اذا امر الامام الجلاد
ان يضربه ثمانين فضربه احدا وثمانين فمات ففي المسالة اوجه احدها يسقط
نصف الدية ويجب نصفها على الامام والجلاد نصفين نظرا الى انه مات من
مضمون وغير مضمون كما حكاه العراقيون والمذكور في تعليق القاضي حسين
على هذا ان النصف يقسم على احد واربعين جزءا فيكون على الجلاد جزء وعلى
الامام اربعون وقد حكاه الامام ايضا وقال انه جمع بين التنصيف
واعتبار عدد الجلدات وفيه احتياط فقد حصل وجهان والثالث يسقط

اربعون جزءا من احد وثمانين جزءا ويجب احد واربعون جزءا من احد وثمانين
جزءا من الدية على الجلاد جزء وعلى الامام اربعون والرابع يسقط الثلث
ويجب على كل واحد من الامام والجلاد الثلث وما ذكرناه انه يجب على الجلاد
فهو على عاقلته وما ذكرنا انه يجب على الامام فهو على عاقلته او في بيت المال
فيه الخلاف السابق فان قلنا في بيت المال ففي الكفارة وجهان احدهما فيه ايضا
والثاني في ماله قال ويضرب في حد الشرب بالايدي والنعال واطراف الثياب
اي دون السياط كما صرح به ابو الطيب وغيره ووجهه ما روى الشافعي بسنده
عن عبد الرحمن بن ازهر قال اتي النبي صلى الله عليه وسلم بشارب خمر فقال اضربوه
فضرب بالايدي والنعال واطراف الثياب وحثوا عليه التراب ثم قال بكتوه
اي وبخوه فبكتوه فقالوا اما خشيت الله اما اتقيت الله اما استحييت من
رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ارسله فلما كان ابو بكر سال من حضر ذلك الضرب فقومه
اربعين اي عدله كما قاله القاضي الحسين فضرب ابو بكر في الخمر اربعين مدة
حياته ثم عمر وساق الحديث قال الامام والسبب الذي سوغ لابي بكر ذلك
انه علم يقينا ان ما امر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينضبط بشيرا له التحديد
وعلم ان ما كان كذلك فللاجتهاد فيه مساغ قال القاضي حسين في باب صفة
السوط وعلى هذا لو ضرب بالسياط وقع الموقع وقيل يجوز بالسوط اي
ولا يجوز بغيره المسلم الصحيح لاجماع الصحابة على جواز الضرب به كما قاله
القاضي في باب صفة السوط نقلا وتوجيها ووجه الامام بانا ههنا
مؤنة التعديل وقد يعدل العهد وبنا سحت العضو ونحن لو ضربنا
بالنعال [illegible] ان يحط عن القدر المستحق [illegible] ان يزيد وانه عليه الصلاة والسلام
امر بالجلد والمتبادر الى الذهن منه الضرب بالسوط كما في حد الزنا
والقذف وهذا قول ابن سريج وابي اسحق كما قاله في المهذب وحكاه الامام
عن رواية العراقيين وانهم زيفوه قلت وهو الذي يدل عليه ظاهر النص

المختصر في كتاب الاقضية حيث قال واذا علم من رجل باقرار او بينة
انه شهد عنده بزور عزره ولا يبلغ بالتعزير اربعين سوطا فلو لم يكن
الضرب بالسياط لما قال ذلك وعلى هذا فصفة السوط وكيفية الضرب كما
في حد الزنا وقد تقدم والمنصوص هو الاول وهكذا قاله القاضي ابو الطيب
والسنجي وابن الصباغ وكانهم والله اعلم اخذوه من قوله في المختصر وان
ضرب الامام في خمر او ما يسكر من الشراب بنعلين او طرف ثوب او رداء
وما اشبهه ضربا يحيط العلم انه لم يجاوز اربعين فمات من ذلك فالحق قتله
قال الماوردي ومنار الخلاف ان حد النبي صلى الله عليه وسلم بالثياب والنعال
كان لعذر او شرع وفيه وجهان احدهما وهو قول ابن سريج وابي اسحق انه كان
لعذر في الشارب من مرض او لانه كان نضوا كما حد مقعدا باثكال النخل فعلى
هذا يكون حد الصحابة نصا في غير المعذور ويكون محققا من وجه واحد وهو
مقدار العدد والثاني انه حده كان شرعا خفف فيه حد الخمر كما خفف به في القدر
فعلى هذا يكون عدول الصحابة الى السياط بالاجتهاد كما في زيادة العدد ويكون حد
الخمر مخففا من وجهين في الصفة والمقدار قال الرافعي ومنهم من راى الضرب بالايدي
والنعال جائزا لا محالة وذكر وجهين في انه هل يتعين ذلك ام يجوز العدول الى
السياط وهذا حكاه صاحب البيان اسمي وادعى الامام جواز الامرين وهو
الذي صححه الرافعي في كتاب موجبات الضمان والذي اورده القاضي الحسين في باب
حد الخمر وان جلده في غيره كما ذكرناه من قبل قال فان ضربه بالسوط اي
اربعين فمات ضمن قيل يضمن ما زاد على الم النعال وهو القدر الزائد
على قدر الحد قال الرافعي وهذا مبني على الاساس ضبطه وقد حكاه الامام عن
العراقيين وقال البعض هذا التقدير [illegible] بالتقريب للاجتهاد [illegible]
ذلك القدر لم قال وهو في غاية البعد وقيل يضمن جميع الدية لما روى مسلم
عن علي بن ابي طالب قال ما كنت لاقيم على احد حدا فيموت فيه فاجد منه في

وهو قول الجمهور

يعني الاصحاب الخبر لانه ان مات وديته لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه
وعني لم يشرع الضرب بالسياط وانما هو راي رايناه بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم
كما في رواية غيره وانما هو راي رايناه من بعده ولانه عدل من جنس الى غيره
فاشبه ما لو ضربه بجارح فمات وقد حكى الماوردي والقاضي ابو الطيب والسنجي
وجها بدل الاول انه يضمن نصف الدية لانه مات من مضمون وغير مضمون وحكاه
الرافعي في كتاب موجبات الضمان عن حكاية ابن المرزبان وغيره وهذا ما اختاره
النواوي وقال الامام انه الذي ذهب اليه اهل التحقيق بل الحاوي في اخر الفصل
انه الظاهر من مذهبه الذي اشار اليه في الام ولم يحك الماوردي الوجه
الاول الذي حكاه الشيخ وهو اغيره من العراقيين الا من حكيناهم فلعل مراد الشيخ
من اطلاق هذا اللفظ انه وجوب نصف الضمان ان ما زاد على الاربعين لا ينضبط
وهو عدوان وقد اقترن بما ليس بعدوان فيوزع الضمان عليهما كما قلنا فيما
اذا وقع الضرب او الختان في حر شديد ونحوه انه يجب نصف الضمان في ذكرناه
وقد حكى القاضي ابو الطيب في المسألة وجها اخر انه لا ضمان لانه سقط به
الحد فلا يتعلق به ضمان وهذا ما اختاره في المرشد قلت ويشبه ان يكون
مخرجا من نص الشافعي على انه اذا ضرب الضعيف بالسوط وكان يجب ان
يضربه بأثكال النخل انه لا ضمان عليه كما حكاه ابو الطيب قبيل باب صفة
السوط لكن الذي حكاه السنجي عن النص الضمان في مسألة الكتاب وعلل ان
سوق بان الضرب ثم كان الاصل فيه السياط فاذا فعل كان اولى ان ينفي
الضمان بخلاف ما نحن فيه فان الاصل فيه الضرب بالنعال ونحوها وقال
ابن الصباغ واصل الخلاف في الضمان وعدمه انه اذا ضرب في شدة الحر
والبرد هل يضمن ام لا وهذه الوجوه كلها متفرعة على المنصوص اما اذا
قلنا بمقابله فلا يضمن شيئا كما حكاه الماوردي وابن الصباغ والسنجي
وهذا اذا قلنا بجواز الضرب به وبالسياط والنعال على ظاهر المذهب في

الحاوي

الحاوي والاصح في المهذب قال القاضي الحسين وقائله قال الحديث على
ارادة الزيادة على الاربعين فانه شيء زاد بعده صلى الله عليه وسلم وهنا لم
يزد على الاربعين حتى يلزمه شيء والحق قاتله قال الماوردي وقد روي ان عمر
امر بجلد ابنه في الشراب فقال له ابنه يا ابه قتلتني فقال له الحق قتلك وهذا
المجلود وهو عبيد الله حين طاف سكران منه بالحد التحريم اعترف بانه شرب الطلا
تنبيه ظاهر قول الشيخ فقد قيل يضمن بقدر ما زاد على الاربعين النعال يقتضي ان
المنصوص انه يضرب بالنعال ونحوها اربعين ضربة من غير زيادة عليها واليه
يرشد ايضا ما قاله الماوردي بعد حكاية الوجه الذي نقله عن الجمهور في الفصل
قبل هذا كما حكيته عنه وكلام الامام الذي حكيناه عنه في توجيه تعين الضرب
بالسوط يقتضي انا اذا ضربناه بالنعال ونحوها نبلغ بها ما يعادل المه الم
اربعين ضربة بالسوط ويعضده انه قال اذا ضربه بالنعال واطراف الثياب
فافضى الى الهلاك فلا ضمان هكذا قال الاصحاب وهو مشروط بوقوع الضربات
على حد يعدل اربعين جلدة من غير مزيد وعلى ذلك جرى البغوي حيث قال
ولو ضرب الشارب بالنعال واطراف الثياب والايدي فلا اربعين جلدة
يجوز ولذلك الرافعي في كتاب موجبات الضمان حيث قال لو ضربه اربعين جلدة
فمات فاصح القولين انه لا ضمان لان الصحابة اجمعت على ان الشارب مضروب
اربعين جلدة وعلى ما كان بهذا القدر وكان والله اعلم ذلك اخذ من قول الراوي وفي
في الخبر فقوموه بأربعين **فائدة** حد الشرب انما يجب اذا اقر الشارب انه
شرب مسكرا او قامت عليه بينة بذلك ولا يفتقر في الشهادة ان يقول الشاهد
شرب وهو عالم مختار او مع علمه بان ما شربه مسكر بل يكفي ان يشهد انه رآه شرب
شرابا شرب غيره وسكر منه لان الظاهر علمه بالحال نعم ان ادعى انه
لم يعرف انه مسكر لم يحد وهذا بخلاف الشهادة على الزنا حيث لا
تسمع حتى يفسر الشاهد الزنا لان الزنا يعبر به عن الصريح وعن دواعيه

[illegible]

قال عليه الصلاة والسلام العثمان تزنيان بحلاف الشرب واعتبر الماوردي
في الاحكام ان يعض الشاهد للاختيار في الشرب واما اذا وجد الشخص
سكرانا او يشم منه رايحة الخمر او تقيا مسكرا لم يجب عليه الحد لاحتمال
حصول ذلك من غير الخمر وان كان منه فيحتمل انه لم يعرف انه خمرا وعرف وهو
مكره وفي الحاوي ان ابي هريرة قال يحد بالسكر الا ان يدعي ما يسقط الحد
واستدل له بان عثمان قال لما تقيا الا وقد شربها فامر عليا فاقامه
الحد عليه ونسب الماوردي في الاحكام الى ابي عبد الله الزبيري ولا يقيم حد الشرب
على الاحرار غير الامام او نايبه على المشهور وفيه ما ذكرناه في باب حد الزنا
ويقيمه على العبد مولاه وهو المذهب وفي تعليق القاضي الحسين عن بعضهم
حكايه وجهين فيه وحكى الرافعي وجها المنع عن روايه ابي خلف الطبري عن
روايه القفال والفوريني وبين حد الزنا ان للسيد في بعض الايمه حقا وكذلك
في بضع العبد الحري انه لا يستحق الاتاد سيد مهلن من حلل المملوك الجنابه
على محل حقه والشرب بخلافه قال ومن زنا دفعات او سرق دفعات او
شرب المسكر دفعات ولم يحد اجزاه عن كل جنس حد لان اصل ان سببها
واحد فقد اخلت لحصول الحكمه قال القاضي الحسين ولا نقول في الزنا مثلا
الحد يقابل الزنيه الاولى بل يقابل الزنيات كلها لكنه يودي الى اخلاء
بعض الزنيات عن الموجب كما لو وطي في النكاح الفاسد مرارا فانه
يجب مهر واحد ثم هو يقابل الوطيات قال الامام وكان شيخي يقول
جمله الحد مقابل كل زنيه واذا اسقط عن فكر الفقيه التقسيط فلا
مسامحه بعد ذلك في العبارات وقد تردد العلما على وجه على وجه
اخر فقال قايلون يجب حدود على اعداد الزنيات ثم تتداخل وقال
قايلون الزنيات اذا لم يتخللها الحد كالحركات في زنيه واحده وهذا
اقرب فان الوجوب والسقوط يجر خبلا واضطرابا في الكلام وفي

فرع

فروع ابن الحداد ان المراه اذا ثبت عليها الزنا بلعان زوجين
وهي بكر في الحالتين وجب عليها حدان قال القفال وعامه اصحابنا
انكروا ذلك وقالوا هما حدان وجبا لله تعالى من جنس واحد فيدخلا
اما اذا اسرق ثم سرق او شرب ثانيا فيحد ثانيا وهذا الذي قاله في الصور ولو زنا وهو
بكر فحد ثم زنا وهو بكر فحد هاهنا بوزن سنة عن الجميع قال وان زنا وهو
بكر ولم يحد حتى زنا وهو محصن جلد ورجم لانهما تغايرا فلا يتداخلا كما بتعاد الحلمه
فاشبه ما لو زنا وشرب قال الماوردي ولا نعرف خلافه رجم تغيير كمحرم وفي الرافعي
حكايه وجه انه يتغير بعد الرجم وما ذكره الشيخ هو ما صار اليه ابن الحداد
كما حكاه الرافعي في اللعان وادعى الشيخ ابو علي انه ظاهر المذهب ورايته
في شرح الفروع للقفال وقال انهم لم يختلفوا فيه وكذا المتبوع القاضي حسين
هنا سواه وكذلك البندنيجي وقال ان بهذا قال اصحابنا ما روي عن علي
انه جلد سراقه يوم الخميس ثم رجمها يوم الجمعه ويحتمل ان يقتصر على رجمه
لانهما من جنس اسقط من جنسهما فدخل اخف الحدين في اغلظهما كما يدخل
الوضو في الجنابه وقد حكى الماوردي الوجهين عن الاصحاب في باب حد
الزنا وذكر الامام في باب حد قاطع الطريق وهما جاريان كما قال الرافعي
فيما اذا زنا المحصن ثم نقض العهد واسترق فزنا ثانيا في دخول
الجلد في الرجم وقد ادعى الامام ان الثاني هو المذهب وعليه جرى
الغزالي فجعله في الوسيط الاظهر وهو الموافق لما حكاه الماوردي في
كتاب اللعان حيث قال حكايه عن ابي اسحق اذا اجتمع حدان على
القاذف لزوجته رميها بزنا في حال الزوجيه وبعد البينونه بزنا
اخر لاحلا وحكمهما وجب اذا زنا وهو بكر فلم يحد حتى زنا بعد احصانه
ان يجلد حدين لاختلاف حكمهما وان تجانسا الا ان الحد الاول جلد
والثاني رجم فيجلد ويرجم وهذا غلط لان حد الزنا من حقوق الله تعالى
في

فجاز ان يدخل اخفهما في اغلظهما عند التجانس ولم يجز ذلك في حقوق
الادميين وعلى الاول قال الشيخ ابو علي كما حكاه الرافعي في اللعان
لو زنا العبد ثم عتق وزنا قبل الاحصان فعليه خمسون لزناه في الرق ومائة
لزناه في الحرية ويحتمل تداخل الحدين والاصح انه يدخل الاقل في الاكثر
قال وعلى هذا لو زنا وهو حر بكر فجلد خمسين ثم زنا قبل تمامه مرة اخرى
فيجلد مائة ويدخل الخمسين الباقية فيها وهذا قد صرح به الرافعي في باب
حد قاطع الطريق ايضا وقال فيما حكاه عن المهذب ان الزنا الثاني لو كان
بعد الاحصان انه يجلد خمسين ثم يرجم قال ويشبه ان يكون على الخلاف
المذكور في الحر فيما اذا زنا وهو بكر ثم زنا وهو ثيب **قال** وان زنا اي
وهو بكر وسرق وشرب الخمر وجب لكل واحد منهم حد لان اسبابها مختلفة
فلم تتداخل **قال** فيبدأ بحد الشرب ثم يجلد في الزنا ثم يقطع في السرقة تقديما
للاخف فالاخف اذ هو الاولى في استيفاء الكل وسواء تقدم ما قدمنا او
تأخر واتيان الشيخ بلفظة ثم المقتضية للترتيب والتراخي ليوهم انه لا
يحد للزنا عقب جلده عن الشرب ولا يقطع للسرقة عقب جلده للزنا بل لا
يستوفى كل حد حتى يبرأ مما قبله كما صرح به الاصحاب والشيخ لم يعد لكن حد
السرقة يقام قبل التغريب او يؤخر عنه لانه من تمام حد الزنا لم ار للاصحاب
تعرضا له بل لفظ الشافعي يدل على عدم وجوبه لانه قال كما نقله الماوردي
اذا اجتمع على رجل واحد حدود وقتل بدئ بحد القذف ثم حبس فاذا برئ
حد للزنا فاذا برئ قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى من خلاف لكن [illegible]
لفظ الشافعي ذكر القتل وقد علم ان التغريب يغني عنه الرجم وكذلك
القتل يغني عنه ولفظ الامام انه يجلد للشرب ثم يترك حتى يندمل ثم
يحد للزنا ويترك حتى يندمل ثم يقطع وهذا يدل على انا لا نغربه قبل القطع
لا مكانه بعد القطع اما اذا كان قد زنا وهو محصن فهو واجب القتل

فيؤخر حده عن القطع ان لم يندرج القطع في القتل لاستيفائه
ولو كان مع الحدود تعزير قال الماوردي يقدم على جميعها لامرين احدهما
انه اخف والثاني انه من حقوق الادميين في الاغلب **قال** وان
كان معها حد قذف قدم على حد الشرب لانه حق ادمي
وحقوق الادميين مبنية على المضايقة الا ترى ان القاذف لا ينفعه في
اسقاطه الرجوع عن الاقرار به بخلاف حقوق الله تعالى وهذا ما نص عليه
الشافعي في كتاب الخراج حيث قال يبدأ بحقوق الادميين ثم بحقوق
الله تعالى واختاره ابو اسحق المروزي وجماعة وهو الاصح عند القاضي
ابو الطيب وكذا الائمة كما حكاه الرافعي وقيل يبدأ بحد الشرب ثم بحد
القذف لانه اخف فكانت البداءة به اولى لانه اقرب الى استيفاء الكل
ولهذا المعنى بدأنا به على حد الزنا وهذا قول ابن ابي هريرة واختاره
في المرشد وصححه في المهذب وهذان الوجهان يجريان فيما لو اجتمع عليه
حد زنا وهو بكر وقطع الطريق قصاصا كما قاله القاضي الحسين وغيره
ولو اجتمع قطع في السرقة وقطع قصاص في عضو اخر ولا حد له فانه
يقدم القطع للقصاص وان كانت الجناية متأخرة عن السرقة **قال** وان
اجتمع قتل قصاص وقتل في المحاربة قتل للسابق منهما لانهما استويا
في تعلق حق الادمي وترجح السابق في غير المحاربة فعلى هذا ان كان
السابق قتل المحاربة قتل فيها وتعين حق الاخر في الدية وان كان
السابق قتل القصاص جاز استيفاؤه وتعين حق الاخر في الدية على الاصح
قال الرافعي وهل يصلب فيه الخلاف المذكور فيما اذا مات المحارب قبل ان
يقتل وهذا ما ابداه الحمراني من الزوائد تخريجا من عند نفسه وجزم في
الحاوي بعدم الصلب وذكر الطبري انه لو عفي عن القصاص قتل
للحرابة وصلب ولو كان بدل القتل في المحاربة قتل للزنا فعن [illegible]

حكاية وجهين احدهما انه يقتل رجما باذن الولي لساذي الحقان
واصحهما انه يسلم الى الولي ليقتله قصاصا وهو الذي ذكره القاضي حسين
في تعليقه ولو اجتمع عليه قتل ردة ورجم قال القاضي الحسين يقدم القتل
بالردة لان فسادها اشد وقال الماوردي يرجم للزنا ويدخل فيه قتل
الردة لان الرجم ازيد فكان الاقل داخلا فيه الاكثر ولو اجتمع قتل الردة وقتل
في قطع الطريق ورجم قال القاضي الحسين فان قلنا قتل قاطع الطريق
قصاص قدم وان قلنا حد فكذلك لانه يتعلق بحق ادمي **قال** وان اجتمع عليه
حدان فاقيم احدهما لم يقم الاخر الا اذا كان غير قتل حتى يبرا من الاول
لان المقصود هو الزجر لا القتل فلو والينا بينهما لافضى ذلك الى القتل
اما لو كان الباقي قتلا فلا يؤخر قاله الرافعي وغيره **قال** وان اجتمع قطع
السرقة وقطع المحاربة قطعت يده اليمنى للسرقة والمحاربة لاجتماع سببهما
وهل يقطع الرجل معها او قبل اندمالها فيه قطع لان قطع اليد والرجل حد
واحد في حد المحاربة الموالاة بينهما قال ابو الطيب وابن الصباغ وهذا بناء على
ان قطع اليد في المحاربة لاجلها كما حكيناه عن ابن ابي هريرة وابي علي
الطبري وقيل لا يقطع اي حتى يندمل اليد لاختلاف سببهما فان
اليد تقطع لاخذ المال في غير الحرابة والرجل يقطع لاجل المحاربة
فاشبه حد الزنا مع حد الشرب وهذا بناء على ان قطع اليد عند اخذ
المال في المحاربة يكون لقطع السرقة كما حكيناه من قبل عن ابي اسحق

فروع اذا قطع يد انسان في المحاربة واخذ المال نظر ان قطع يمينه
فان قلنا لا يتحتم وعفي اخذ الدية وقطعنا المحارب ورجله اليسرى
حدا وان لم يعف او قلنا بالتحتم قطعت يمينه بالقصاص وتقطع
رجله حدا كما لو قطع الطريق ولا شيء له وقياس ما حكاه الماوردي
وجها وقال انه الاصح انه يقطع يده اليمنى قصاصا ويقطع يده

اليسرى

اليسرى ورجله اليمنى عن المحاربة كما تقدم فيما اذا اخذ المال
في المحاربة ويمينه مفقودة لكن يوجه على القول بالتحتم ويظهر على
الاول ان لا يوالي بين قطع اليد والرجل لان قطع اليمين يقطع قصاصا
وقطع الرجل يقع حدا ولو اجتمع قطع حد وقطع قصاص في عضو لم يوال
بينهما ولو قطع المحارب اليسار مستقلا على اخذ المال في الحرابة او
متاخرا عنه فان قلنا لا يتحتم وعفي عنه اخذ الولي الدية وقطعت
يده اليمنى والرجل وان لم يعف او قلنا بالتحتم قطعت اليسرى وتاخر
قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى الى اندمال اليسار وانما قدمنا قطع
اليسار لانه حق ادمي كما ذكرنا ولما ذكرناه من المعنى فارقت العقوبات
الحقوق المالية حيث ترددت الاقوال في انه يقدم حق الله تعالى او
حق الادمي او يستويان لانهما يستويان في التاكد وعدم السقوط
بالشبهات ويتعارض فيهما حاجة الادمي والنا در بالاضافة الى الله تعالى
ومصرفه الادمي ايضا فتردد القول فيها هكذا ذكر الفرق الامام
وغيره وفرق القاضي الحسين بان المقصود من القطع في السرقة وقطع
الطريق التنكيل والزجر وقد حصل ذلك المعنى بقطعهما قصاصا الا
ترى انه لو سقط ذلك كله سقط القطع ولو قطع الجلاد يساره
سقط القطع في يمينه والمقصود من الزكاة ونحوها اغنا المساكين
وايصال المال المستحق الا بدي ايها لا يسقط بتلف المال ولا يتداخل
حقوق الادميين ولو قطع يمين انسان في غير المحاربة قطعا يستحق
اخذ يمينه قصاصا واخذ المال في المحاربة فان عفي مستحق القصاص
قطعت يمينه ورجله اليسرى حدا والا فيقدم القصاص وقطع
الرجل اليسرى يقع بعده لكن في الحال او يمهل الى الاندمال فيه
وجهان اصحهما في الرافعي وهو المذكور في الوجيز الاول لان الموالاة

بين العضوين مستحقة لولا ذلك القصاص وما يخاف من الموالاة
لا يختلف بين أن يكون قطع اليمين عن الحد أيضا أو عن القصاص والثاني
تكميل الحد مال لأن اليمين إذا لم تقطع حدا فالمستحق عن جهة الحد
قطع الرجل فأشبه ما إذا استحق طرفاه عن جنايتين وهذا ما أورده القاضي حسين
قلت وهو الذي يظهر إذ رواه عن القاضي أبي الطيب وابن الصباغ من بناء
الخلاف المذكور في الكتاب في الموالاة بين قطع اليد والرجل فيما إذا اجتمع عليه
قطع السرقة وقطع المحاربة على أن قطع اليد يقع لأجل المحاربة أو لا وإن جاز ذلك
قلت أول هذه الفروع ينبغي أن لا يوالى بين قطع اليد والرجل وإذا قلنا جرى
الخلاف في هذه الصورة فهو في تلك أولى ولو قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى
في غير المحاربة وأخذ المال في المحاربة فإن عفى مستحق القصاص عنه قطعناهما
في المحاربة وإلا قطعناهما قصاصا وسقط قطع المحاربة ولو قطعهما في المحاربة
وأخذ المال فيها فإن قلنا بعدم التحتم فالأمر كما تقدم وإن قلنا بالتحتم
قطعناهما قصاصا وسقط الحد قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ
والقاضي حسين وسواء قطع العضوين قبل أخذ المال أو بعده وقال في الحاوي
إذا قلنا بعدم تحتم القطع فالأمر كذلك وإن قلنا بتحتمه فإن تقدم أخذ
المال وانتقص من العضوين سقط الحد وإن تقدم قطع العضوين ثم أخذ
المال فلا يسقط القصاص حد القطع الطريق بل تقطع يده اليسرى ورجله
اليمنى لأن قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى مستحقان بالقطع والقصاص
حتما فإنه قطع الطريق وليس له يد يمنى ولا رجل يسرى ويشبه ذلك
النسخ في المهذب **قال** وإن كان مع الحدود قتل في المحاربة فقد قيل لا يبين
الحدود أي لا ينتظر استيفاء كل حد برء ما قبله لأن قتله متحتم
فلا معنى للتفريق وهذا ما ينسب إلى أبي إسحاق وقيل لا يوالى لأنه ربما
أن يموت قبل الاستيفاء بما بعده فيبقى في ذمته شيء منه فوق القيمة وهذا
قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ على ما لو كان مع الحدود قتل في غير

الحرابه

الحرابه فانه لا يوالي وهذا أصح في الطريق والمختار في المرشد على أنه قد حكى
فيما علق عن الشيخ أبي حامد الطوسي حكاية وجه فيما إذا اجتمع مع الحدود قتل
في غير المحاربة أنا نقيمها بلا إمهال لأن المذهب المشهور الأول ومحل الإمهال
فيما على الحد الأخير **فروع** لو زنا المرتد في حال ردته أو شرب فهل يحد
بقتله أم يقام عليه الحد ثم يقتل فيه وجهان عن رواية ابن كج وأصحهما الثاني
وقد حكيناهما في باب الردة وحكى الماوردي في دخول حد السرقة في القتل بالردة
بالردة أيضا وجهان جاريان فيما لو سرق ثم قتل في المحاربة في أن حد السرقة هل
يندرج في القتل أم يقطع ثم يقتل لاحتجاجهما ابن الصباغ ويظهر جريانهما فيما إذا
سرق ثم زنا وهو محصن وإذا اجتمع عليه حدود متمحضة لله تعالى بأن قذف
شخصا وقطع يد آخر وقتل آخر بدئ بحد القذف وإن كان متأخرا عن القطع
والقتل ثم يترك حتى يبرأ ظهره خشية أن يموت قبل أن يستوفى منه قصاص النفس
ثم يقطع يده وإن كان القتل متقدما أو يقتل من غير إمهال لأن في ذلك جمعا
بين الحقوق وإذا أمكن استيفاؤها فلا نسلك التفويت بعضها وأبدا
الإمام تردد إقامة الغزالي وجهين فيما إذا رضي مستحق القتل بتعجيل
القطع قبل برء ظهره من الجلد في أنه يعجل القطع بعد الجلد ورأى الأظهر
والأفقه علانية لأنا لو أتبعنا الجلد القطع فليس ما يعرض موت بسبب
توالي العقوبتين وإقحام القصاص المستحق في النفس فهو يفضي إلى موت
غير معتد به ولا سبيل إلى إهدار الروح نعم لو علمنا قطعا أنه لو جلد وقطع
على التوالي لم يفض نفسه على الفور وإن صار إليه فإذا قال صاحب النفس
عجلوا وأنا أقتل صاحب القطع هنا بأن له ذلك وما قدمناه فيه إذا أمكنا
تجويز أن يقتص بنفسه لتوالي العقوبتين قلت وما ذكره من المعنى المقتضي لمنع
التوالي موجود هنا لأن مستحق القصاص في النفس لا يستعين حقه على الفور كما
تقدم وصرح به الإمام هنا فصل يقول ذلك ثم يعني له أن يستوفي القصا

على الفور فيفضي إلى ذهاب نفسه هدرا أيضا وقوله أنا السوي لا
يحصر حقه في الفورية لأنه وعد والوعد لا يلزم إمرا عندنا وقد ذكرنا
في باب العفو والقصاص تتمة ما ذكره الإمام هنا **قال** ومن وجب عليه
حد الزنا والسرقة والمحاربة والشرب فتاب وأصلح ومضى عليه سنة أي
قبل الظفر به سقط عنه الحد في أحد القولين أما في حد الزنا فلقوله تعالى
فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما وأما في السرقة فلقوله تعالى فمن تاب من
بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم وأما في حد
الشرب فلأنه إذا سقط حد الزنا والسرقة بها فلأن يسقط حد الشرب
وهو أخف في القدر والصفة كان أولى وقد روي أنه صلى الله عليه وسلم
قال التوبة تجب ما قبلها وقال التائب من الذنب كمن لا ذنب له ولأن
كل حد من هذه الحدود خالص حق الله تعالى فيسقط بالتوبة كحد قاطع
الطريق وهذا ما صححه في المهذب وهو الأظهر في الحاوي وقال البندنيجي
إنه المذهب ويعضده ما حكاه القاضي أبو الطيب قبيل باب قتال أهل
الردة عن الشافعي حيث قال قال الشافعي يجب لمن أصاب حدا أن يستتر
بستر الله تعالى وأن يتقي الله ولا يعود فإن الله يقبل التوبة عن عباده
قال ولا يسقط في الآخر لأن العمومات الواردة فيها لم تفصل بين ما قبل التوبة
وما بعدها بخلاف قاطع الطريق ولأنه حد لا يختص بالمحاربة فلم يسقط بالتوبة
كحد القذف وهذا أصح عند النواوي والفارقي لأن حملوا العمومات
على حالة الإصرار وأما القياس على حد القذف فلهم منع الحكم فيه أيضا لأن
الماوردي قد حكى عن بعض أصحابنا أنه يسقط بالتوبة أيضا وهو قول
قديم للشافعي كما حكيناه في باب حد قاطع الطريق فعلى هذا اندفع القياس
وعلى الصحيح وهو أنه لا يسقط بها كما جزم به الجمهور فالفرق أنه محض
حق آدمي وحقوق الآدميين مبنية على المضايقة والمشاحة بخلاف حد

الزنا ونحوه فإنه محض حق الله تعالى وحقوق الله تعالى
مبنية على المساهلة والمسامحة أما إذا حصلت التوبة بعد
الظفر فالمذكور في الشامل والحاوي أنها لا تؤثر وعلى ذلك جرى
غيرهما كما ستعرفه وكلامهم والله أعلم أخذ من ذلك من قول الشافعي
في المختصر في قطاع الطريق ومن تاب منهم قبل أن يقدر عليه سقط
عنه الحد ولا يسقط حقوق الآدميين ويحتمل أن يسقط عنه كل حد
لله تعالى بالتوبة وقال في كتاب الحدود وبه أقول فأجرى القولين في غير
قاطع الطريق وأشار في ضمن الاحتمال إلى أنه غير ملحق به وقاطع الطريق
لا يسقط حده بالتوبة بعد الظفر كما أفهمه لفظ الكتاب العزيز فكذلك
غيره من طريق الأولى ووجه الأولوية أن حد قاطع الطريق يسقط بمجرد
إظهار التوبة وغيره ليس كذلك وقد حكى القاضي الحسين في باب حد الزنا
هذه الطريقة عن بعض الأصحاب وقال إن من أصحابنا من عكس فقال إذا
تاب عن حد الزنا قبل القدرة عليه سقط قولا واحدا وإن تاب بعد القدرة
فقولان وإن منهم من قال على الإطلاق قولان وهو الصحيح لأنه قبل
المرافعة وبعدها مقدور عليه وهذا الطريق هو الذي حكاه في باب حد
قاطع الطريق وأورده الرافعي مع الأول واقتضاه نصه وإطلاق
الإمام في باب حد الزنا فإنه ذكر بعد حكاية القولين فيه وتصحيح عدم
السقوط كما صار إليه الرافعي وحكاه عن الجديد سواء الأفعال قال قبل
البينة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أتى من هذه القاذورات شيئا
فليستتر بستر الله تعالى ولو كان الحد لا يسقط بالتوبة لكان فيما
ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم تحريض على كتمان الحق قلنا لا يمتنع أن
يكون توبة المستتر الذي لا يبدي صفحته بمثابة توبة قاطع الطريق
قبل الظفر به وفيما ذكرناه احتمال فإن سبب قبول توبة المحاربين

عطفهم على الطاعة وردهم بالاستمالة اليها وهذا المعنى لا يتحقق
فيما ذكرناه والمسألة محتملة وتمام الحديث يدل على ان التوبة بعد
ظهور وجوب الحد لا تنفع فانه عليه الصلاة والسلام قال في تتمته فان من
يبدي لنا صفحته نقم عليه حد الله تعالى وهذا نص في ان التوبة لا
تنفع ووجهه من جهة المعنى خشية ان تصير ذريعة الى ابطال حكم
الحد اذ الغرض هو الردع والزجر ولا يعجز مرتكب ما يوجب الحد عن
اظهار التوبة ثم الحكم بالظاهر والله يتولى السرائر ووجه مقابله
على هذا النقل انه روي في بعض الروايات انه عليه الصلاة والسلام قال
لماعز ارجع فاستغفر الله وتب اليه وروي انه قال هلا رددتموه
الي لعله يتوب قال الرافعي في اخر الفصل وقد يرجع حاصل الخلاف الى
ان اصلاح العمل هل يشترط في التوبة في غير قطع الطريق ام لا وفيه خلاف
سنذكره فان قلنا نعم فلا بد من مضي زمان يظهر فيه الصدق و الصلاح
ولا تكفي التوبة بعد الرفع ثم التوبة عبارة عن الاقلاع عما فعله
في الحال والندم على الماضي والعزم على عدم العود واعتبر بعضهم
ان لا يكون ذلك لامر دنيوي والمراد بالاصلاح اصلاح العمل وانما
اعتبر لظاهر نص الكتاب العزيز في الايتين والحكمة فيه انه قد
يظهر التوبة للتقية فلا نعلم صحتها حتى يقترن بها العمل الصالح في
زمان يوثق فيه بالتوبة وهذا الخلاف التوبة من قطع الطريق وقد
تقدم الفرق بينهما وهذا هو المشهور والذي جزم به العراقيون
والقاضي الحسين وقد حكينا عن الامام وجها في ان اصلاح العمل لا
يعتبر هنا ايضا وان الاصحاب مجمعون عليه كما اظهار الاسلام تحت
ظلال السيوف قال ثم سبيل التفريع على ما ذكره القاضي ان من اظهر
التوبة امتحناه سرا وعلنا فان ظهر الصلاح في اعماله حكمنا بسقوط

الحد

الحد وان بدا نقيض ذلك فالتوبة لا تسقط هذا الحد وهذا كلام
مضطرب فان هذا التائب ان حبس كان محالا وان خلي سبيله
فكيف يمتحن وكيف يعرف صلاحه وهل هو مرعي في قليل ما تاب عنه
او في جميع الاحوال ولا ضبط لهذا الكلام وانا اقول ذكر التوبة
المجردة قبل الظفر يدل على سقوط الحد بها وذكر التوبة مع اصلاح
العمل يدل على ان العقوبة باطنة والحدود مقامه وقال الرافعي يشبه
ان يقال في التفريع على مذهب القاضي ان التوبة اذا ظهرت امتنعنا
من اقامة الحد عليه فان ظهر الصلاح من بعد ولم يظهر ما يخالف
التوبة فذاك وان ظهر ما يخالفها اقمنا الحد عليه ولا اعتبار السنة
في اصلاح العمل بعد التوبة لمضي عليه الفصول الاربعة التي قد
يتغير فيه الطباع وسيأتي ذلك الخلاف في كتاب الشهادات ان شاء الله
فرع ذكر القاضي الحسين في باب حد الزنا ان ابن المرزبان قال اذا قبلنا
التوبة تسقط حد الزنا فقتله قاتل بعدها وهو محصن فلا يختلف
المذهب ان عليه الدية وهل عليه القود فيه وجهان وجه المنع شبهة
الخلاف قلت وهذا شبيه بالخلاف الذي مضى فيما اذا قتل من اقر
به بعد ان رجع عنه فرع يختم بها كتاب الحدود ذكره [illegible] الامام
العفو عن الحد والحدود القاطعة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لعن الله الشافع والمستشفع قال الماوردي وقد اتي معاوية بلصوص
فقطعهم حتى بقي واحد منهم فقدم ليقطع فقال
يميني امير المومنين اعيذها بعفوك ان تلقى مكانا يشينها
يدي كانت الحسناء لو تم سترها ولا تعدم الحسناء عابا يشينها
فلا خير في الدنيا وكانت خبيثة اذا ما شمالي فارقتها يمينها
فقال معاوية كيف اصنع بك وقد قطعت اصحابك فقالت ام السارق

اجعلها في ذنوبك التي تتوب منها فخلى سبيله فان اول حد
ترك في الاسلام ذلك. الاعتبار في الحدود بحالة الوجوب لا بحالة
الاداء حتى لو وجب الرجم او الحد في الزنا على حر ذمي ثم نقض
العهد والتحق بدار الحرب فسبي واسترق يقام عليه الرجم او
الحد مائة اعتبارا بحالة الوجوب والاعتبار في صفته بحالة
الاداء فان وجب وهو نضو الخلق فصح بدنه قبل الاقامة استوفي
بالسياط ولو وجب وهو صحيح فصار نضو الخلق قبل الاستيفاء
اقيم عليه باثكال النخل قال القاضي الحسين ولا بد للامام من اقامة
الحدود من السنة حتى لو ضربه لمصادرة او لمعنى اخر وعليه حدود
لا يحتسب عنها. متعاطي الجرائم الموجبة للحدود اذا اقيمت عليه
لا تقام عليه في الاخرة مرة اخرى لقوله صلى الله عليه وسلم من اصاب حدا
فعجل عقوبته في الدنيا فالله اعدل من ان يثني على عبده العقوبة
في الاخرة ومن اصاب حدا فستره الله عليه او عفى الله عنه فالله اكرم
من ان يعود في شيء قد عفا عنه. قاله الحليمي قال وهكذا الحكم في
حقوق الادميين اذا استوفيت او عفي عنها والذي رواه البخاري عن
عبادة بن الصامت قال بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم في رهط فقال
ابايعكم على ان لا تشركوا بالله شيئا ولا تسرقوا ولا تقتلوا اولادكم
ولا تاتوا ببهتان تفترونه بين ايديكم وارجلكم ولا تعصوني في
معروف فمن وفى منكم فاجره على الله ومن اصاب من ذلك شيئا فاخذ به
في الدنيا فهو كفارة له وطهور ومن ستره الله فذلك الى الله ان
عذبه وان شا غفر له

باب التعزير

التعزير معناه
في اللغة التاديب وفي الشرع تاديب على ذنب ليس فيه حد ولا كفارة
وخصصه بعضهم بالتاديب الذي يفعله الامام دون ما يفعله الزوج

في تعليق السنجي ان معنى هذا الحديث كما
قيل استيفاء الحدود سقوطها كما قال الله تعالى زوجته
عذبه

بزوجته والمعلم بالصبي وقال هذا يسمى تاديبا وعلى هذا جرى
السنجي وابن الصباغ قال الرافعي والاول اشهر الاصطلاحين
واصل التعزير من العزر وهو المنع والزجر يقال عزره اذا دفعه
ومنه سمي النصر تعزيرا لانه يدفع العدو ويمنعه واليه الاشارة
بقوله تعالى وتعزروه ثم التعزير موافق الحد في وجه وهو كونهما
شرعا زجرا او تاديبا للاصلاح مختلفان بحسب الذنب ويخالفه
من ثلاثة اوجه احدها ان تعزير ذوي الهيآت اخف من غيرهم
وهم متفقون في الحد والثاني تجوز الشفاعة في التعزير والعفو
عنه ولا يجوز ذلك في الحد والثالث لو تلف من التعزير ضمن على الاصح
كما ذكرناه في باب ما يجب به الدية من الجنايات ولو تلف من الحد كان
هدرا وقد صرح بما ذكرناه الماوردي في الحاوي والاحكام **قال** ومن
اتى معصية لا حد فيها ولا كفارة كالمباشرة المحرمة فيما دون الفرج
اي من الاجنبية كما بينه في المهذب او من صبي او سرقة ما دون النصاب
والقذف بغير الزنا والجناية بما لا يوجب القصاص والشهادة بالزور
وما اشبه ذلك من المعاصي عزر ثم الشيخ بهذه الامثلة ان التعزير
يجب في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة سواء كانت من مقدمات
ما فيه حد كالامثلة الاول او لا كشهادة الزور وانه لا فرق بين
ان يتمحض لله تعالى او يتعلق بالادمي والاصل في الجملة قبل الاجماع
فما ادعاه القاضي ابو الطيب من الكتاب قوله تعالى واللاتي تخافون
نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فاباح للزوج
الضرب عند النشوز والمخالفة فكان فيه تنبيه على التعزير ومن
السنة ما روي عنه صلى الله عليه وسلم في خبر سرقة الثمر فاذا اواه الجرين
وبلغ قيمته ثمن المجن ففيه القطع وان كان دون ذلك ففيه غرم مثليه

وجلدات بكال وغيره من الاخبار التي سنذكرها وقد عزر عمر
من زور كتابا وعن علي انه سئل عن قول الرجل يا فاسق يا خبيث فقال
هن فواحش فيهن تعزير وليس فيهن حد وروي عن ابن عباس انه
لما خرج من البصره استخلف ابا الاسود الدؤلي فاتي بلص نقب على قوم
واخذوه في النقب فقال مسكين اراد ان يسرق فاعجلتموه وضربه خمسة عشر
سوطا قال على حسب ما يراه الامام اي من الحبس والقدر على ما
سنبينه لانه غير مقدر ولا مضبوط فوكل الى رايه يعمل فيه ما يقتضيه
المصلحه فان راى المصلحه في الحبس او الضرب او الجلد جلدا او صفعا
فعله وان راى الجمع بينهما فعل ذلك كذا قاله القاضي ابو الطيب والافى
وغيرهما قلت وينبغي ان يكون الضرب في هذه الحاله ينقص عن ادنى
الحدود نقصا اذا عدل معه الحبس بضربات لا يبلغ مجموع ذلك ادنى
الحدود كما سنصفه والا فيلزم فيه زياده على ادنى الحدود وهذا
مستمد مما حكيته عن الامام في تعزير الجلد في حد الزنا وللسلطان
ان يفتح بالتبكيت والتوبيخ باللسان اذا اقتضته المصلحه وهذا
له استهار التعزير من الناس ليكون زياده في نكال التعزير وهذا محمول
عليه في شاهد الزور كما قاله الاصحاب في باب ما على القاضي في الخصوم
ويكون استهاره على باب مسجده ان كان من اهل المسجد وان كان من اهل
السوق ففي سوقه وان كان من قبيله او قبيل ففي قبيلته او قبيله
والفرق بين القبيله والقبيل ان القبيله بنو الاب الواحد
والقبيل الاخلاط المجتمعون من اباء شتى ويقول في النداء
عليه هذا شاهد زور فاعرفوه قال الماوردي ولا يزاد في هذه
الشهره تسويد وجهه ولا حلق راسه ولا فرق في ذلك عند بعض
اصحابنا بين ان يكون من ذوي الصيانه او غيرهم لان الصيانه قد

خرج

خرج منها بزوره وعن ابن ابي هريره ان النداء على شاهد الزور
مخصوص بغير اهل الصيانه اما اهل الصيانه فيقتصر معهم
على اشاعه الامر وله ان يجرد من ثياب المعزر ما عدا ما
يستر عورته وينادي عليه بذنبه اذا تكرر منه ولم يقلع عنه
كما حكاه الماوردي هنا قال ويجوز ان يحلق راسه ولا يحلق لحيته
وفي جواز تسويد وجهه وجهان وقال في الاحكام ان الاكثرين جوزوه
ومنع منه الاقلون وقال القاضي ابو الطيب في كتاب الاقضيه
وتبعه ابن الصباغ انه لا يحلق نصف راسه ولا يسخم وجهه ولا
يركبه ولا يطوف به لانه عليه الصلاه والسلام نهى عن المثله وذلك مثله
قال الماوردي ويجوز ان يصلب في التعزير حيا فانه صلى الله عليه وسلم صلب
رجلا على جبل يقال له ابو ناب ولا يمنع اذا صلب من طعام وشراب
ووضوء وصلاه ويصلي مومئا ويعيد اذا ارسل ولا يجاوز بصلبه ثلاثه
ايام وفيما دونها النظر اليه وفي الحبس اذا راه هل يقدر قال
ابو عبد الله الزبيري من اصحابنا نعم يقدر بشهر للاستبراء والكشف
وبسته اشهر للتاديب والتقويم وعن غيره لم يقدرها ويجوز للامام
النفي في التعزير كما قاله الماوردي وان ظاهر مذهب الشافعي ان مدته
مقدره بما دون السنه ولو بيوم لئلا يصير مساويا للتغريب وهذا
صرح به في الاشراف عن قول الشافعي وقد اشار الامام الى تضعيف
هذا القول في الخيانه وان لم يحله بان التغريب بعض الحد فلو غرب
في التعزير مده سنه لم يكن قد بلغنا به الحد ثم جنس ما يضرب به الثوب
والنعل والعصا والسوط على حسب ما يراه الا في ضرب الزوج زوجته
فانه يضرب بالثوب والنعل واكثره العصا ولا يجوز ان يكون بالسياط
لخروجه عن العرف ولنقصه عن احكام الحدود كذا قاله الماوردي

يجوز ان

وغيره ويظهر ان يكون مفرعا على القول بانه يضرب في حد الشرب
بالسوط اما اذا قلنا لا يضرب فيه بالسوط وانه لا يبلغ بالتعزير
حد الشرب فيظهر ان يقال لا يجوز الضرب في التعزير بالسياط
ايضا ثم حيث يجوز بالسياط فصفته في التعزير وكيفية الضرب به
فقد مضت من قبل في باب حد الزنا وعلى الامام في اقامة التعزير كما
قال الاصحاب مراعاة الترتيب والتدريج في ذلك كما يراعيه الدافع
للصائل ولا يرقى الى درجة وهو يرى ما دونها كافيا موثرا كما صرح به
الامام وقد ذكرنا ان بعض التعزيرات يتعين لها بعض الانواع
المذكورة على خلاف فيها كما في قاطع الطريق ولا يبلغه ادنى الحدود
لما روى النعمان بن بشير ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من ضرب حدا في غير
حد فهو من المعتدين ولان هذه المعاصي دون المعاصي الموجبة للحد
فلا يبلغ بها ما يجب فيها ذلك لكن ما المراد بالادنى الذي لا يبلغه
اختلف فيه الاصحاب فمنهم من قال لا يبلغ بتعزير الحر اربعين
وبتعزير العبد عشرين وهذا ما اورده البندنيجي والمصنف وابن الصباغ
ومنهم من قال لا يبلغ بتعزير الحر والعبد عشرين ومنهم من قال لا
يبلغ تعزير الحر والعبد اربعين كما حكاه القاضي حسين وتبعه البغوي
ومنهم من قال لا يبلغه عشرة لما روى مسلم عن ابي بردة الانصاري انه سمع
النبي صلى الله عليه وسلم يقول لا يجلد احد فوق عشرة اسواط الا في حد من حدود
الله وروى البخاري في كتاب المحاربين نحوه وهذا قول ابن سريج كما حكاه
القاضي الحسين وكذا الماوردي ونسبه في موضع اخر الى ابي علي ابن ابي هريرة
وغيره نسبه الى ابن ابي هريرة وابي علي الطبري ووافقهم صاحب التقريب
فقال الخبر صحيح ولو بلغ الشافعي لقال به وقد صح قوله ان فيه ان ما
يبلغه مذهب منه ونصح منه على ذلك فحق عليه ان يعتقد الخبر

صح

ويعتقد

ويعتقد انه مذهب الشافعي فان طرا الطعن في الحمل بل قيل
باستثنا الخبر وكانه لا يقول قولا الا براقعه الا وهو مصرح بان
الامر كذلك ان لم يصح خبر على خلافه كذا ساقه الامام ومنهم من
قال لا يبلغ تعزير مقدمات الزنا والوطء الحرام الذي لا يوجب الحد
حد الزنا وله ان يزيد على حد القذف فان كان حرا نقصه عن المائة
وان كان عبدا نقصه عن خمسين ولا يبلغ تعزير القذف بما ليس بقذف
حد القذف وله ان يزيد على حد الشرب فان كان حرا نقصه عن
ثمانين وان كان عبدا نقصه عن اربعين ولا يبلغ تعزير مقدمات
الشرب حد الشرب ومنها ادارة كاس الماء على الشراب تشبيها
بشارب الخمر فان كان حرا لم يبلغ به اربعين وان كان عبدا لم يبلغ به عشرين
كذا قاله القاضي الحسين والامام ونقل ما قال الرافعي وقرب هذا من
قولنا الجناية الواردة على عضو تعتبر بارش ذلك العضو وهذا
ما قال به القفال واختاره الروياني في الحلية وصححه القاضي حسين
في التعليق وجعله القاضي ابو الطيب اصل المسالة الحكومة وذكر
الامام تفريعا عليه ان مقدمات السرقة تعتبر باغلب حدود الجلد
وهو حد الزنا لان القطع ابلغ من مائة جلدة وفي تعليق القاضي حسين
اطلاق القول على هذا الوجه بان الجريمة اذا لم يكن في جنسها حد
مقدر كالغيبة والنميمة لم يبلغ تعزيرها اربعين في طريق وفي طريق
لا يبلغ به عشرين وحكى الماوردي في الحاوي عن ابي عبد الله الزبيري
الزبيري من اصحابنا انه قال تعزير كل ذنب مستنبط من حده المشروع
فيه واعلاه فيمن تعرض لشرب الخمر تسعة وثلاثون لان حد الخمر
اربعون واعلاه فيمن تعرض للزنا خمسة وسبعون لان حد القذف ثمانون
كذا قاله في الحاوي وقال في الاحكام بعد قوله حدا به عنه ان تعزير

كذا في اصل الحد

كل ذنب من جنسه المشروع فيه واعلاه خمسة وسبعون تقصيرا
عن حد القذف بخمسة اسواط فان كان الذنب في التعرض للزنا
روعي ما كان منه فان اصابوه نال منها ما دون الفرج ضربا
اعلى التعزير وهو خمسة وسبعون سوطا وان وجدا في ازار لا حائل
بينهما متباشرين غير متعاطيين للجماع ضربا ستين سوطا
وان وجدا غير متباشرين ضربا خمسين سوطا وان وجدا في
بيت متبذلين عريانين غير متباشرين ضربا اربعين سوطا
وان وجدا خاليين في بيت عليهما ثيابهما ضربا ثلاثين سوطا وان
وجدا في طريق يكلمها وتكلمه ضربا عشرين سوطا وان وجد منهما
الاشارة بغير كلام ضربا عشرة اسواط وان وجد يتبعها ولم
يقفوا على غير ذلك خفقات وهكذا يقول في التعرض لسرقة
ما لا يجب فيه القطع فاذا سرق نصابا من غير حرز ضرب خمسة وسبعين
واذا سرق من حرز اقل من نصاب ضرب ستين واذا سرق اقل من
نصاب من غير حرز ضرب خمسين واذا جمع المال في الحرز واسترجع
منه قبل اخراجه ضرب اربعين واذا نقب الحرز ودخل ولم ياخذ
ضرب ثلاثين واذا نقب ولم يدخل ضرب عشرين واذا تعرض للنقب او
لفتح باب ولم يكمله ضرب عشرة وان وجد معه منقب او كان معه اصلا
للمال خفقات وعلى هذه العبرة فيما سوى هذا قال الماوردي
وهذا الترتيب وان كان مستحسنا في الظاهر فقد تجرد منه عن
دليل يتقدر به والصحيح الاول وهو الذي قال ابو الطيب هنا
والماوردي انه مذهب الشافعي والجمهور وقال بعضهم انه
منسوخ واحتج بفعل الصحابة بخلافه من غير انكار وعن عمر انه
كتب الى ابي موسى الاشعري ان لا يبلغ بنكال اكثر من عشرين سوطا وروي

ثلاثين

ثلاثين وروي ما بين الثلاثين الى الاربعين وروي عشر
جلدات ذكر جميع ذلك عنه ابو بكر ابن المنذر قال الماوردي ولو
صح فلا يلزم العمل به لجواز ان يرد في ذنب بعينه او في رجل بعينه
فلا يجب حمله على جميع الذنوب ولا على عموم الناس وقال غيره هو
محمول على الزيادة على الجلدات العشر الى استيفاء الاربعين وقال
الشيخ زكي الدين ان ابن المنذر قال في اسناد الحديث مقال فان
راى ترك التعزير جاز لما روى ابو داود عن عائشة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم
اقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم الا الحدود قال الاصحاب وادنى
درجات الامر للاباحة لكن هذا رواية عبد الملك بن زيد عن عطاف
ابن خالد وهما ضعيفان فالحجة فيما ذكرناه مما قاله ان النبي كان
عن شيء يبلغه النبي صلى الله عليه وسلم فلم يعزره ومن ذلك ما روي انه
صلى الله عليه وسلم كان يقسم الغنائم بحنين واحد فقال هذه القسمة ليس
يراد بها وجه الله وقد روي انه قال يا محمد ما عدلت فقال لقد
خبت وخسرت ان لم اعدل فمن يعدل ولم يعزره ومن ذلك ما روى
عبد الله بن الزبير ان رجلا خاصم الزبير عند رسول الله صلى الله عليه وسلم
في شراج الحرة التي يسقون بها النخل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
للزبير اسق ثم ارسل الى جارك فغضب الانصاري وقال يا رسول الله ان
كان ابن عمتك فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا زبير
اسق ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر فلو لم يجز ترك التعزير
لعزره صلى الله عليه وسلم على ما قال ومن ذلك ما روى ابو هريرة ان
النبي صلى الله عليه وسلم كان في بعض الاسفار على بعير فجاءه اعرابي
وجبذ رداءه حتى اثرت حاشيته في عنقه وقال احملني فانك لا
تحملني على بعيرك ولا على بعير ابيك فثرنا اليه كالجبل من الحديد

اعرابي

فقال

وهممنا بقتله فقال صلى الله عليه وسلم عرفت على من سمع الامي ان
يمس مكانه فوقفنا بعضنا على اثر بعض وايدينا على مقابض السيف
ننتظر امر النبي صلى الله عليه وسلم فدعي اسامه وقال احمله على بعير الزاد
ولم يجزره ولانه ضرب غير محدود فلم يكن واجبا كضرب الزوج زوجته
والوالد ولده والمعلم صبيانه ثم ظاهر اطلاق الشيخ يقتضي انه لا
فرق بين ان يكون التعزير لمحض حق الله تعالى او للادمي فيه حق والذي
في هذا الاطلاق تبع الشيخ ابا حامد وقال في المهذب اذا راى تركه
التعزير جاز اذا لم يتعلق به حق ادمي وافهم انه اذا تعلق به حق
ادمي لم يجز تركه وقد صرح القاضي ابو الطيب والماوردي به وحكاه
الامام وجها وهو الذي رجحه الرافعي قياسا على القصاص وقال في تصحيح ما
في المهذب ترجيحه مقابله بما قال الامام والاول اعرض وهو جواز الترك
وان كان فيه حق ادمي لان مقدار التعزير الى الامام والتغليظ بالقول
التعزير ويحتمل العفو بتصوره صوره لا يرى الامام فيها توبيخا فان من
اسا ادبه بالجهات التي ذكرناها لا يعدل عنه ولا يلام على مقابله سوء
ادبه فيؤول هذا الى ان الامام لو اراد الاقتصار من التعزير على ترك
سلام فهل له ذلك وسبك الغزالي ذلك فقال لا يجوز له الاهمال مع
الطلب ولكن هل يجوز له الاقتصار على التوبيخ باللسان دون الضرب
فيه وجهان وفي الاشراف ان بعض المتاخرين من اصحابنا قال
التعزير في قذف زوجته الكتابيه والرقيقه واجب وما سواه ليس
بواجب وان في وجوبه على البكر اذا ظهر بها حمل وجهان والاصح
المنع **فرع** اذا كان التعزير متعلقا بحق الادمي فعفي عنه فهل
للامام اقامته اذا راه فيه وجهان وهما جاريان فيما لو وجب له
قصاص او حد قذف فعفي عنه فهل للامام التعزير ام لا لكن بالترتيب

ويحي

ويحي عند الاقتصار فيهما ثلاثة اوجه احدها لا لان المستحق
قد اسقطه والثاني نعم لانه لا يخلو ذلك عن حق الله تعالى ولانه
يحتاج الى زجر غيره عن مثل تلك الجنايه واشبهها الفرق بين
ان يكون العفو عن الحد فلا يعزره وبين ان يكون عن التعزير فيعزر
لان الحد لازم مقدر لا يتعلق بنظر الامام فلا سبيل الى العدول
الى غيره بعد سقوطه والتعزير يتعلق اصله بنظر الامام فجاز ان
لا يوثر فيه اسقاط غيره وسلك في الحاوي طريقا اخر فقال
اذا عفي مستحق التعزير عنه نظر فان كان بعد الترافع الى الامام
لم يسقط حق الامام عنه وكان له ان ينفرد بتعزيره وان كان العفو
قبل الترافع ففي سقوط حق الامام عنه وجهان احدهما وهو قول
الزبيري السقوط والاظهر عدمه وبنى على ذلك فرعا وهو انه لو
تشاتم الاب مع ولده سقط حق التعزير الذي للابن على الاب ولا
يسقط التعزير الذي للاب على الابن وللامام تعزيرهما **فرع** اذا
كان التعزير المشروع لا ينجع في هذا الجاني عن المعصيه فقد قال
الامام ان الزوجه اذا كان لا يحصل تاديبها الا بالضرب المبرح
وعلم ذلك فلا يجوز الضرب المبرح ولا غيره فانه عري عن الفايده
قال الرافعي والذي اطلقه الامام يقتضي ان يكون ذكر الزوج جاريا على
سبيل المثال وسائر المعزرين في معناه ويشبه ان يبنى الامر في
حق الامام على ان اصل التعزير هل هو واجب عليه فان اوجبناه
التحق بالحد وحسن فليشبه ان يقال يعزر بغير مبرح اقامه
لصورة الواجب وان لم يفد التاديب **تنبيه** في قول الشيخ على
حسب ما يراه السلطان ما يعرفك ان متوليه السلطان كما
صرح به الاصحاب وهذا في حق الاحرار ان لم نسمع ضرب الزوج

زوجته والمعلم الصبي والوالد الولد للتعزير او ان سمينا فلنستثنيهم
من هذا الاطلاق وقد حكينا في باب عشرة النسا وجها حكاه الغزالي
ان للزوج ان يستوفي التعزير المختص بحق الله تعالى وحقه في
غير النشوز ولم نحكه هنا واما الحيض فالسادة يتولون التعزير
المستحق لحقوقهم وهل يتولون التعزير المتعلق بمحض حق الله تعالى فيه
خلاف حكاه الغزالي وغيره وقد سبق في باب حد الزنا والصحيح انهم
يتولون ايضا **فايده** نختم بها هذا الباب لتعلقها بحد ذكرناه
فيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم اقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم الا الحدود
قال الامام فخر الدين والهيات الذين تقال عثراتهم هم الذين لا يعرفون
بالشر فيزل احدهم الزله ذكره الشافعي رضي الله عنه في كتاب الام في الجزء الحادي
عشر وحكى الماوردي فيهم وجهين احدهما انهم اصحاب الصغاير دون
الكبائر والثاني انهم الذين اذا الموا بالذنب ندموا عليه وتابوا منه قال
وفي عثراتهم هنا وجهان احدهما صغائر الذنوب التي لا توجب الحدود
والثاني اول معصيه زل فيها مطيع ه

باب ادب السلطان

السلطان يذكر ويونث لغتان مشهورتان ولم يذكر ابن السكيت سوى
التانيث وقد ذكرنا ذلك في الفرايض وهو مشتق من السلاطه وهي التمكن
والقهر وقيل من التسليط وهو الزيت لانه يستضا به في دفع الظلم
وتخليص الحقوق والمراد به هنا الامام الاعظم القايم بخلافة النبوه في
حراسة الدين وسياسة الدنيا وقد اختلف في جواز تسميته خليفة الله
فجوزه بعضهم لقيامه بحقوقه في خلقه ولقوله تعالى وهو الذي جعلكم
خلائف الارض الايه وامتنع جمهور العلما من جواز ذلك ونسبوا
قايله الى الفجور وقالوا انما يستخلف من يغيب والله سبحانه لا يغيب ولا
يموت وقد قيل لابي بكر يا خليفة الله فقال لست خليفة الله ولكني

خليفه

خليفه رسول الله ولا شك ان في الامامه رياسة تامه
ودعامه عامه تتعلق بالخاصه والعامه في مهمات الدين
والدنيا ما عليه حوما متضمنها حفظ الحوزه ورعاية الرعيه
واقامة الدعوه بالحجه والسيف وكف الحيف والانتصاف
للمظلومين من الظالمين واستيفا الحقوق من الممتنعين وايفاوه
على المستحقين وهذه جمله ياتي تفصيلها **قال** الامامه فرض
على الكفايه لاجماع من اشرقت عليه الشمس شارقه وغاربه
واتفاق مذاهب العلما قاطبه وقد تبادر اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
البدار الى نصب الامام وتركوا بسببه التشاغل بتجهيز رسول الله
صلى الله عليه وسلم مخافة ان تتغشاهم هاجمه والمعنى فيه انه لو
ترك الناس فوضى لا يجمعهم على الحق جامع ولا يزعهم وازع ولا
يردعهم عن اتباع خطوات الشيطان رادع مع تفنن الاراء وتفرق
الاهوا لهلك الانام وتوثب الطغام والعوام وتشتت الخصومات
واستحوذ على اهل الدين ذوو العرامات وقد اشار الله تعالى الى ذلك
في كتابه المبين بقوله وهو اصدق القايلين ولولا دفع الله الناس بعضهم
ببعض لفسدت الارض ولكن الله ذو فضل على العالمين وقد حكي عن عبد الرحمن
ابن كيسان وكذا الاصم انه لا يجب نصب امام ويجوز ترك الناس احادا
يلتطمون اسلافا واخلافا وهو مسبوق بالاجماع على الامام وهذا
الرجل يعني ابن كيسان هجوم على شق العصا ومقابلة الحقوق بالعقوق
ولا يسمى الا عند التسلسل عن ربقة الاجماع للذهول وحيث ما ذكرناه
بالعقل او بالشرع فيه خلاف حكاه الماوردي واستدل للاول
بقول الافوه الاودي وهو جاهلي ::

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا

وقد نسب الامام هذا الى شرذمة من الروافض والقاضي في كتاب

الخنابي الى طايفة من المتكلمين والذي عليه جماهير الامة مقابلة
وقد استدل له بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اطيعوا الله واطيعوا
الرسول واولي الامر منكم فقد فرض علينا طاعة اولي الامر فينا وهم
الايمة المتامرون علينا وقد روي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم سيليكم
بعدي ولاة فيليكم البر ببره والفاجر بفجوره فاسمعوا لهم
واطيعوا في كل ما وافق الحق فان احسنوا فلكم ولهم وان اساوا
فلكم وعليهم **فرع** اذا قام من فيه الكفاية بالامامة سقط الفرض
عن الباقين وان عرضت على احدهم فلم يقبلها لم يجبر عليها لانها
عقد مراضاة واختيار لا يدخله الاكراه والاجبار وتعدل عنه الى
من سواه من مستحقيها كذا قاله الماوردي وغيره فان امتنعوا ولم
يقم بها احد قال الماوردي خرج من الناس فريقان احدهما اهل
الاختيار حتى يختاروا اماما للامة والثاني اهل الامامة حتى ينتصب
احدهم وليس على من عدا هذين الفريقين من الامة في تاخير الامامة
حرج ولا مأثم **قال** فان لم يكن من يصلح الا واحد تعين عليه اي
الدخول فيها لان هذا شان فروض الكفايات ويلزمه طلبها اي ان
لم يعرض عليه لتبرى ذمته من فرضه وان امتنع اجبر عليها
لانه حق عليه لا يقوم به غيره فكان كالعبادة المتعينة قلت وقد
يعترض على هذا فيقال من شرط الامامة العدالة وامتناعه فسق
في هذه الحالة فكيف يجبر وجوابه ان يقال الحل الدائم مفروض فيما
اذا كان الممتنع يرى عدم التعين وراه اهل الحل والعقد او
راى هو ذلك ايضا لكن لا يسلم ان مجرد الامتناع من ذلك
يفسق به كما ذكر في ولاية النكاح **قال** ولا تنعقد الامامة اي
وان تعينت على واحد الا بتولية الامام قبله او باجماع جماعة

اي ذكورا

اي ذكورا احرارا من اهل الاجتهاد على التولية اي وقبوله
بما صرح به الامام وغيره ووجه انعقادها بالطريق الاول
ان ابا بكر قال في وصيته اما بعد فقد استخلفت عليكم عمر بن
الخطاب فان عدل وبر فذاك ظني به وان غير وبدل فالخير
اردت ولا يعلم الغيب الا الله تعالى فانعقدت الناس عليهم امامته .
بعهده ثم كيفية ذلك كما قال في التهذيب ان يجعله خليفة في حياته ثم
يخلفه بعد موته وهذا اخذه من قول القاضي حسين في تعليقه واذا استخلف
الامام واحدا في مرضه خلفه بعد موته فيما كان من سواه لانه لما خلفه
في حال العجز الاصغر كان يخلفه في حال العجز الابدي اولى وقال
انه لو اوصى له بالامامة من بعده فيه وجهان لانه بالموت يخرج عن
الولاية فلا تصح منه توليته لغيره قال الرافعي ولك ان تقول هذا التوجيه
مشكل بكل وصاية ثم ما ذكره تعلق البغوي من جعله خليفة في حياته
اما ان يريد به استنابته فلا يكون هذا عهدا اليه بالامامة او
يريد جعله اماما في الحال فهذا اما خلع النفس واجتماع امامين
في وقت واحد وكل منهما لا يجوز او يريد انه يقول جعلته اماما او
خليفة بعد موتي فهذا هو معنى الوصية ولا فرق بينهما قلت
وكلام القاضي الذي حكيته يدل على ارادة المعنى الاول مما قاله
الرافعي من ان هذا لا يكون عهدا بالامامة يجوز ان يمنع وعلى كل
حال فلا بد من قبول من عهد اليه وفي وقت قبوله خلاف فمنهم من
قال بعد الموت الموالي كما في الوصية ووجه الامام بان المولى
صاحب العهد لا يملك احكام الزعامة والامامة ولا يستقل
بالايالة والسياسة ما دام المولي اماما فلا معنى للقبول
في حال الحياة وصار صايرون الى ان وقت قبول المولى الى

موته وقال الماوردي انه الاصح لتنتقل عنه الامامة الى المولى
منتصرة بالقبول المتقدم قال الامام وعلى الخلاف المذكور تخرج
خلع المولى فعلى الاول يجوز للعاهد عزله وعلى الثاني يمتنع من غير سبب
يقتضيه وقد جزم المتولي بالجواز مطلقا موجها ذلك بان الخليفة لم
ينقل اليه ولا يخشى من تبدله فساد ولا فتنة وجزم الماوردي بالمنع
مطلقا من غير سبب وهو ما راه الامام المهرة وجعل الامر شورى
بعده بين اثنين مطلقا فصاعدا الى عدد محصور كالاستخلاف الا ان المستخلف
غير متعين فيتشاورون ويتفقون على احدهم فجعل عمر الامر شورى في
ستة فقال هذا الامر الى علي وبازايه الزبير والى عثمان وبازايه عبد الرحمن
ابن عوف والى طلحة وبازايه ابو عبيدة بن الجراح فلما خلوا للشورى بعد
موت عمر قال عبد الرحمن اجعلوا امركم الى ثلاثة فقال الزبير جعلت امري
الى علي وقال طلحة جعلت امري الى عثمان وقال ابو عبيدة جعلت امري
الى عبد الرحمن فقال عبد الرحمن ايكم يبرا من هذا الامر ويجعله اليه فلم يجبه
احد فقال اتجعلونها الي واخرج نفسي منها والله شهيد فقالا نعم فقال
قد فعلت ثم بعد ذلك بايع عثمان واتفقوا عليه فلو امتنع اهل الشورى
من الاختيار لم يجبروا عليه وكانه ما جعل الامر اليهم وهذا هو
المشهور وفي البحر في كتاب الوصية ان بعض اصحابنا قال يحتمل في
تولية الامام اماما رضى اهل الحل والعقد ورضاهم ان يعلموا به
ولا ينكروه فقد علمت الصحابة في استخلاف عمر وان على هذا لو استخلف
من لم يعلم به اهل الحل والعقد لم تنعقد امامته وقد حكاه في الاشراف
ايضا وحكاه الماوردي في الاحكام عن بعض علماء اهل البصرة والامام في
الغياثي نسب الخلاف الى رواية بعض المصنفين ورجح الاول وقال انه
الذي يجب القطع به وعلى هذا لو امر بين ان يكون المولى ولد المولي او والده

احدنا

احدنا ما اختاره الامام وقيل لا يجوز التفويض للوالد والولد
كالتزكية والحكم لهما وقيل يجوز للوالد دون الولد لان الميل اليه
اشد ولهذا الفصل فروع نذكرها في اخر الباب ان شاء الله تعالى و
انعقاد الامامة بالطريق الثالث وهو اجماع جماعة على التولية كما
ذكرنا ان امامة ابي بكر هكذا ثبتت ثم المراد باهل الاجتهاد
المستجمعون لشرائط الفتوى ان من جملة صفات الامام ان يكون
مجتهدا مستفتيا وان الخبط بالمجتهد المفتي الاصلي وعن القاضي ابي حسين البا
وعصر من المحققين انه لا يشترط ذلك بل ينبغي ان يكون ذا عقل وكيس
وفضل وتهدي الى عظائم الامور وبصيرة منقدة لمن يصلح للامامة ولما
شرط استجماع الامام له من الصفات لانه قد يحتاج في قواعد الشرع
انا نكتفي في كل مقام بما يليق به من العلم فيكتفي في المقوم العلم بالاسعار
والدرية التامة مع الكيس في صفات المقومات ويقع الاجتزاء في القسام
بمعرفة الحساب والمساحة وكذلك يقع الاكتفاء في الخارص
ما يقتضيه حاله وفي الحكمين المبعوثين الى الزوجين ان يكونا عالمين
بحقوق النكاح وفطنتهما العادات العاشرة واحاطتهما بما يدق وهذا
ما اورده الماوردي وان كان بعض هذا اللفظ مع اعتبار العدالة وقال
الامام انه اقرب الى التحقيق واختار لغة مسلكا سنذكره والذي اورده
القاضي الحسين انا ان اكتفينا في هذا العقد بواحد كما سنذكره فلا بد وان يكون
صالحا للامامة وان لم نكتف به فلا بد وان يكون في العاقدين واحد
صالح لها وما المراد بالجماعة التي تنعقد بهم الامامة اختلف فيه
فقيل هم جمهور اهل الحل والعقد من كل بلد ليكون الرضا به عاما
قال الماوردي وهذا مذهب مدفوع ببيعة ابي بكر على الخلافة باختيار
من حضرها ولم ينتظر في التصرف من غاب عنها وقيل هم اهل الحل

والعقد من العلماء والرؤساء ووجوه الناس ولا يشترط اتفاق أهل الحل
والعقد في سائر البلاد والأصقاع بل إذا وصل الخبر إلى أهل البلاد
البعيدة فعليهم الموافقة والمتابعة قال القاضي الحسين وهذا كما قلنا في
الإجماع في الأحكام المجتهدات لا ينعقد إلا بإجماع أهل الحل والعقد
عليه انه معظمهم إذ المقصود اجتماعهم ليتقاصر ما بينهم من
التباعد وهذا أصح عند الرافعي وقال البغوي عليه أنه لا يتعين فيه عدد [هامش: البغوي وجمع]
بل لو تعلق الحل والعقد بواحد مطاع كفت بيعته لانعقاد الإمامة
وهذا أسنده عن الإمام ثم قد يفهم من هذا القول اختصاص أهل البلد
الذي توفي الإمام فيه بذلك وليس كذلك كما صرح به الماوردي لكن
العرف اقتضاه لسبق علمهم بموت الأول وقيل هم أربعون لأن
عقد الإمامة أعظم خطرا من عقد الجمعة وهذا العدد معتبر في الجمعة
ففي البيعة أولى قال الإمام وهذا قول من لا يعد من أحزاب الأصوليين
وحكى القاضي الحسين على هذا القول وجهين في أن الذي ذكرنا اعتبار
شرائط الإمام فيه هل يعتبر وراء الأربعين أو يكون من جملة الأربعين
كالوجهين في الإمام في الجمعة وحكاهما البغوي أيضا وقيل هم خمسة
ولا ينعقد بما دونها لأمرين أحدهما أن أبا بكر انعقدت إمامته
بخمسة عمر وأبو عبيدة بن الجراح وأسيد بن حضير وبشر بن سعد
وسالم مولى أبي حذيفة والثاني أن عمر جعل الشورى في ستة
لتنعقد لأحدهم برضى الخمسة قال الماوردي وهذا قول أكثر الفقهاء
والمتكلمين من أهل البصرة وقيل هم أربعة لأنهم أكمل نصاب
الشهادات وقيل هم ثلاثة يتولاها أحدهم برضا الاثنين
ليكون حاكما وشاهدين كما يصح عقد النكاح بولي وشاهدين
وهذا قول آخرين من أهل الكوفة قال بعضهم وعلى هذا يتنزل كلام [هامش: علماء]

الشيخ

الشيخ لأنه أقل ما يطلق عليه اسم الجماعة وفيه نظر لأن أقل
الجماعة اثنان كما قاله الشيخ في باب صلاة الجماعة ونطق به النبي [هامش: صلى الله عليه وسلم]
نعم كلامه بهذا الاعتبار يوافق قول من ادعى أن الإمامة تنعقد
باثنين وقيل إنها تنعقد بواحد لأن العباس قال لعلي امدد يدك
أبايعك فيقول الناس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم بايع ابن عمه فلا يختلف
عليك اثنان وهذا ما حكاه العمراني في الزوائد عن القاضي في كتاب الجنايات
وقد حكاه الماوردي مع قول من قال إنها تنعقد بثلاثة كما علمته وحينئذ
فيرجع حاصل القولين إلى أن الإشهاد عند عقد الواحد هل هو شرط
أم لا وقد حكي عن الشاشي حكاية وجهين في أن حضور شاهدين هل
العقد هل هو شرط أم لا وقال الإمام إن الأئمة كما أطلقوا أن عقد [هامش: اشتراطه]
العاقد اشترطوا في حضور الشهود فرأى بعضهم أن الإمامة تنعقد
بشرائط عقد من هو من أهل الحل والعقد وزيف القاضي هذا المذهب
وتناهى في المبالغة في الرد على معتقده وسلك مسلك القطع فيما زعم
وقال إن عمر لو استخلى بالبيعة أبي بكر لما استقرت الإمامة وإن
على هذا إذا اختلف أصحابنا في أنه فاكتفى بعضهم بحضور شاهدين
كعقد النكاح وقال القاضي لا يلحق بها بل يشترط حضور جمع
يحصل بحضورهم الإشاعة والنشر والإذاعة وحكى العمراني عن
القاضي أنه قال إذا اعتبر الشاهدين فهل يشترط عدالتهما
ظاهرا وباطنا بخلاف النكاح لأن في اعتبار العدالة الباطنة في
النكاح مشقة لأنه يعقده آحاد الناس فلو كلفناهم ذلك لشق
عليهم وقد حكى الإمام قول من قال إنها تنعقد بواحد أيضا
وقال إن القاضي أبا بكر ارتضاه وهو المنقول عن شيخه أبي الحسن وإنه
أقرب المذاهب ووجهه بأن الإجماع ليس شرطا في هذا العقد

اجماعًا ثم لم يثبت توقيف في عدد مخصوص وليس بعض الاعداد اولى
من البعض فلزم المصير الى الاكتفا بالواحد لان العقود في الشرع
يتولاها عاقد واحد وكلام القاضي يشير الى ان هذا مقطوع به
وليست اراه بالغا مبلغ القطع فان ابا بكر لما بايعه عمر لو ثار
ثائرون وابدوا صفحة الخلاف ولم يرضوا تلك البيعة لما كنت اجد
متعلقا في ان الامامة كانت تستقل ببيعة واحد وكذلك لو فرضت
بيعة اثنين او اربعة فصاعدا وقدرت ثوران مخالفين لما وجدت متمسكا
به اكتراث واحتفال في عقد الامامة ولكن لما بايع عمر وتتابعت
الايدي واصطفقت الاكف واتسعت الطاعة وانقادت الجماعة
فالوجه عندي في ذلك ان يعتبر في البيعة حصول مبلغ من الاتباع
والانصار والاشياع تحصل بهم شوكة ظاهرة ومنعة قاهرة بحيث
لو فرض ثوران خلاف لما غلب على الظن ان يصطلم اتباع الامام فاذا
ذاك تثبت الامامة وتستقر ومما يدل على ذلك اتفاق العلما قاطبة
على ان رجلا من اهل الحل والعقد لو استخلى بمن يصلح للامامة وعقد له
البيعة لم تثبت الامامة الا ان يكون الواحد مطاعا في قومه كثير الاتباع
بحيث يعد اتباعه ما ذكرناه قال ومن اجل هذا المراد ان يكون العاقد
للامامة مجتهدا ولكني اشترط ان يكون المبايع ممن يفيد مبايعته منة
واقتهارا ووجه امتناع انعقاد الامامة بغير الطريقين المذكورين التمسك
بالاصل في عدم وجود ما يصلح دليلا له وقد اتبع الشيخ فيما ذكره
صاحب الحاوي في الاحكام فانه هكذا حصر الانعقاد بالامرين وتبعهما
في ذلك صاحب المرشد وقد قال غيرهم انها تنعقد بامر اخر وهو
القهر والشوكة فاذا اجتمع في شخص شرائطها وكانت له شوكة ولم
يكن ثم امام فقهر الناس وحملهم على طاعته انعقدت له الامامة

كامامة

كامامة معاوية وعلى ذلك جرى القاضي الحسين والرافعي واشار
ابن يونس الى خلاف فيه حيث قال انعقدت له على الصحيح من المذهب
والامام يلوح الشيء مع تفصيل فيه نعم الخلاف والمشهور في انعقادها
له اذا كان فاسقا او جاهلا والظاهر الانعقاد ايضا وان كان عاصيا
بما فعله والفرق بين انعقاد الامامة بهذا الطريق وبين انعقادها
باحد الطريقين السابقين انه لو تغلب متغلب على هذا الذي انعقدت
امامته بالتغلب انعقدت امامة الثاني وانعزل الاول بلا خلاف
بخلاف من انعقدت امامته باحد الطريقين السابقين كما سنذكره وقد
حكى الماوردي عن بعض فقها العراق والمتكلمين ثبوت الامامة لمن
تغلب عليه من غير عقد عاقد وتحمل الامة على طاعته لان المقصود
الاختيار تمييز المولى وهذا متميز وقد اختار الامام هذا والذي قاله
جمهور الفقها والمتكلمين وبه جزم الرافعي الاول **قال** ولا يجوز ان يعقد
لاثنين في وقت واحد في بلدين وان تباعدا وانتشر الاسلام حتى عم
الارض شرقها وغربها كما قاله القاضي الحسين ووجهه ان الاصل
في الامامة ثبوتها للنبي صلى الله عليه وسلم ولا يجوز التمسك بشريعة غير
شريعته لمن بلغته الدعوة فلذلك لا يجوز لاحد ان يطيع امامين ولان
في تعدد الائمة اختلال امور المسلمين وافتراق الكلمة لانه قل ما يتفق
راي شخصين فلم يجز اكثر من امام واحد لتكون كلمة الاسلام مجتمعة
وبخلاف جواز تولية قاضيين في بلد واحد على ما سنوضح على احد الوجهين
كما سنذكره فان الامام وراء القضاة فان فرض تنازع وتمانع بين اثنين
كان وراء المسلمين مرجوعا اليه واما الامامة فهي الغاية القصوى
وليس بعدها مرجوع اليه ومتبوع فاستحال نصب امامين نافذي
الحكم عموما وهذا ما جزم به القاضي الحسين وحكى الماوردي عن

قوم انهم سئلوا فجوزوا ذلك في مثل هذه الحالة وحكي عن ابي القسم الصيمري
انه حكى ذلك في العدة عن الاستاذ ابي اسحق لانه قد تحدث في احد الاقليمين
ما يحتاج الى نظر الامام ويفوت المقصود بسبب البعد قال الرافعي وغيره
وينسب هذا الى اختيار الامام وصرح به ابن يونس عنه وقال انه خطأ
لانه مسبوق بالاجماع على انه لا يجوز وفي الاشراف ان الاستاذ ابا اسحق
جوز ذلك في حالة واحدة كالقضا والنبوة ولم يخص ذلك بحالة التباعد
والذي حكاه الامام في الغياثي في حالة اتساع الخطة ووقوع قيام من
الناس نبذة من الدنيا لا ينتهي اليهم نظر الامام ويتولج خط من بلاد
الكفر بين خطة الاسلام ان صاير من صاروا الى نصب امام في القطر الذي لا يبلغه
اثر نظر الامام وعزا هذا المذهب الى شيخنا ابي الحسن والاستاذ ابي اسحق
الاسفرايني وغيرهما واتبع ها ولا مصلحة الخلق ثم قال وانا اقول ان نسق
عقد الامامة نصالح لها ولنا نراه عند العقد مستقلا بالنظر في جميع
الاقطار ثم ظهر ما يمنع من انبثاث نظره ولا وجه لترك الذين لا يبلغهم
امر الامام مهملين ولكنهم ينصبون اميرا يرجعون اليه ولا يكون ذلك
المنصوب اماما ولو زالت الموانع واستمكن الامام من النظر لهم اذعن
الامير والرعايا للامام فان راى تقرير الامير فعل وان راى تغييره فرايه
متبع وان لم يتقدم نصب امام وخلى الدهر عن امام في زمن فترة
وانفصل شطر من الخطة عن شطر وعسر نصب امام واحد يشمل رايه
البلاد والعباد فنصب في احد الشطرين في هذه الصورة اميرا وفي
الاخر اميرا ولم يقع العقد لواحد على العموم فالحق المتبع في ذلك ان
واحدا منهما ليس اماما ولست انكر تجويز نصبهما على حسب الحاجة
ونفوذ امرهما على موجب الشرع ولكنه زمان خال عن امام ثم ان اتفق
نصب امام فحق على الاميرين ان يستسلما له ليحكم عليهما بما يراه صلاحا

فان

فان عقد لاثنين فالامام هو الاول لما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال بيعة الاول فالاول واعطوهم حقهم فان الله سائلهم عما استرعاهم
وروى ابو سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بويع
لخليفتين فاقتلوا الاخر منهما قال القاضي الحسين وروي فاقتلوا الابعد
والمعنى قال الخطابي لا تطيعوه ولا تقبلوا له قوله فيكون كمن مات
او قتل وقيل المعنى ان اصر ولم يبايع الاول فهو باغ فقاتلوه وان
المقصود اعلمه لا تقبل غير عقد واحد فصح للاول وبطل الثاني كما في
النكاح وحكى الماوردي عن طائفة انهم قالوا الامام هو الذي تعقدت
له الامامة في البلد الذي مات فيه من تقدمه وعن اخرين انه يجب على كل
واحد منهما ان يدفع الامامة عن نفسه ويسلمها لصاحبه طلبا
للسلامة ليختار اهل الحل والعقد غيرهما وعن اخرين انه يقرع بينهما
والصحيح الذي عليه الفقها المحققون الاول. وان عقد لهما معا او
لم يعلم السابق منهما استونفت التولية اذ لا مزية لاحدهما على الاخر
وهذا ما حكاه الامام في الغياثي ووافقهما في حالة وقوعهما معا
غيرهما وفي هذه الحالة يجوز العقد لاحدهما ولغيرهما وفي الحالة لا　　حري
وافقهما ايضا القاضي في [illegible] كما حكاه في الزوايد وقال الماوردي
انه يوقف الامر الى ان ينكشف الحال ولا مدخل للقرعة فيه لان الامامة
عقد والقرعة لا مدخل لها في العقود ولان الامامة لا يجوز الاشتراك
فيها والقرعة لا مدخل لها فيما لا يصح الاشتراك فيه كالمناكح ولا
تسمع فيها دعوى احدهما على الاخر انه الاسبق ولا تكون اليمين ولا
لنكوله حكم وكذا لو قطعا التنازع فيها وسلمها احدهما الى الاخر لم
تستقر امامته الا ببينة تشهد بتقدمه ولو اقر احدهما بالتقدم للاخر
خرج منها المقر ولم تستقر للاخر نعم لو شهد له بالتقدم مع شاهد

اخر سمعت شهادته ان ذكر اشتباه الامر عليه عند التنازع ولم
يسمع منه ان لم يذكر الاشتباه لما في القولين من التكاذب ثم اذا
طالت مدة الاشتباه ولم يمكن الانتظار قال الماوردي بطلت البيعتان
ويستانف بيعة لاحدهما وفي جواز العدول الى غيرهما خلاف ووجه المنع
ان البيعة لهما قد صرفت الامامة عمن عداهما ولو امكن وقوع البيعتين
معا وتعذر اخراجهما فاشكل قال الرافعي فليكن كما ذكرنا في الجمعتين والنكاحين
من الروايات انا نحكم ببطلانهما ولو علم السابق ثم نسي قال القاضي في كتاب
الحنانا فان جوزنا المسافة عمل يوم او يومين وبلانه جاز الانتظار اقتدا
بوصية عمر في الشورى وان لم يزح ذلك لتشويش قلت وينبغي ان يكون مدة
الانتظار في المسئلة السابقة هكذا قال وينبغي ان يكون الامام ذكرا لان المراة
لا تلي الامامة الخاصة بالرجال فضلا الامامة العامة التي تقتضي البروز وعدم
التخدر الذي المراة مامورة بخلافه وقد روى ابو بكرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لن يفلح قوم ولوا امرهم امراة قال الامام ومن جوز من العلما تصدي
المراة للقضا فيما يجوز ان تكون شاهدة فيه احال انتصاب المراة للامامة
فان القضا قد يثبت مختصا والامامة تستحيل في وضع الشرع ثبوتها على
الاختصاص والخنثى المشكل في هذا المقام في معنى المراة ذكرا حرا لان حجر
الرق اذا نافى الولايات الخاصة فلان ينافي الولاية العامة احرى واولى
ولان العبد لا يهاب ولا يكاد يستفرغ قال بالغا عاقلا لان الصبي والمجنون اذا
لم يصلحا للنظر في امر انفسهما فكيف يليان امر غيرهما وهذا متفق عليه
ويجمع هذين الوصفين لفظ التكليف قال عدلا اي ليس بفاسق وقد يعبر عن
هذا الوصف بالورع والتقوى والامانة كما فعله الامام ووجهه بان
الفاسق لا يوثق به على شهادة على فلس فكيف يولى امور المسلمين كافة قال
الامام في الغياثي والاب الفاسق مع فرط حنوه واشفاقه على ولده لا

يحكم

يحكم في مال ولده فكيف يولى في الامامة العظمى فاسق لا يتقي الله
وقد جمع الماوردي ما ذكرناه في قوله ان يكون متصفا بالعدالة على شروطها
الجامعة قال عالما بالاحكام اراد بهذا ان يكون مجتهدا في الاستقلال لان
معظم امور الدين يتعلق بالائمة فلو لم يكن الامام مستقلا بعلم الشريعة
لاحتاج الى مراجعة العلما في تفاصيل الوقايع وذلك يخرجه عن رتبة الا[ستقلال]
ويعوق من الامور العظام والخطوب الجسام ما لا يتناهى ولا يخطر بالبال
وقد يفهم من كلام القاضي الحسين ان ذلك ليس بشرط حتمي قال لو اجتمع
عالم فاسق وعدل جاهل فالعدل الجاهل اولى لانه يمكنه حفظ الا[مامه]
ثم ما يعرض له من الحوادث التي يحتاج فيها الى الاجتهاد يفوضها
الى المجتهدين من العلما فيكفيه ذلك وليستشير العلما فما وقع الاتفاق
عليه يعمل به ويمضي الحكم فيها بنفسه وليس كذلك فان هذا مفروض
اذا ولي الامام عند فقد من يوجد من اهل الاجتهاد دعي في هذا
الوصف ما يغني عن ذكر الاسلام وان كان معتبرا كما صرح به غيره
وقال بعض الشارحين ان التحمل بهذا لان الاجتهاد في الاحكام
الشرعية لا يتصور من كافر قال كافيا لما يتولاه من امور الرعية
واعباء الامة ليوفق الاقصد ومنه على ذلك والاعباء جمع العبء بالعين
المهملة وبالمد الاحمال والاثقال واحدها عبء بمعنى حمل واحمال وزنا
ومعنى وقد ادرج الشيخ في هذا الوصف اوصافا صرح بها غيره منها
ان يكون ذا راي صحيح مفض الى سياسة الرعية وتدبير المصالح اذ الغرض
من الامام جمع شتات الراي فانه لا ينتظم مع تفرقه تدبير ولا تستتب
مزايا له الملك قليل ولا كثير وقد قيل الراي قبل شجاعة الشجعان
ومنها ان يكون شجاعا البعر ونفسه ويعالج الجيوش ويقوى على فتح الحصون
ويدفع الاعدا فالجبانة يفضي الى اصطلام الحوزة واستئصال البيضة

ومنها ان يكون سميعا بصيرا او ناطقا ليتأتى منه فصل الامور
ومباشرة ما يدرك بهما قال المتولى ولا اشترط سلامة الاعضاء
من نقص يمنع من استيفاء الحركة وسرعة النهوض وقد عد الماوردى
سلامة الاعضاء من نقص يمنع ذلك شرطا من جملة الشروط وحكى خلافا فى
فقد شى يحصل به قبح وشين ولا يؤثر فى عمل ولا نهضة كجدع الانف
وسمل احدى العينين وجزم فى البحر فى باب الاقضية بمنع ولاية الاعور مع
جزمه بصحة توليته القضاء قال الامام وقد يلتحق بهذه الصفات
يعنى المذكورة من الاول الى هنا الى شى واحد وهو الاستقلال بالكفاية ويدخل
تحته الكفاية والعلم والورع والتكليف والحرية وكذا الذكورة فان المراة
مامورة بان تلزم خدرها ومعظم احكام الامام تستدعى الظهور والبروز
فلا تستقل المراة اذا قال وان يكون من قريش لورود النص فيه وانعقاد
الاجماع عليه قال الماوردى ولا اعتبار بضرار حين شذ فجوزها فى جميع
الناس لان ابا بكر احتج يوم السقيفة على الانصار فى دفعهم عن الخلافة لما
بايعوا سعد بن عبادة عليها بقول النبى صلى الله عليه وسلم الائمة من قريش
فاقلعوا عن التفرد بها ورجعوا عن المشاركة فيها حين قالوا منا امير
ومنكم امير تسليما لروايته وتصديقا لخبره ورضوا بقوله نحن الامراء
وانتم الوزراء وقال صلى الله عليه وسلم قدموا قريشا ولا تقدموها وقد استدل
الامام لذلك مع الخبر بان الماضين ما زالوا لاهجين باختصاص
هذا المنصب بقريش ولم يتشوف قط احد من غير قريش الى الامامة
على تمادى الاباد وتطاول الازمان مع العلم بان ذلك لو كان ممكنا لطلبه
ذوو النجدة والباس ولما اشرأبت لهذا المنصب المارقون فى فسطاط
مصر اعتزوا الى الشجرة النبوية على الافتراء وبذلوا رغائب الاموال
للدرايين النسابين حتى الحقوهم بصميم النسب قال ولسنا نعقل

احتياج

احتياج الامامة فى وضعها الى النسب ولكن الله تعالى خص هذا المنصب
العلى والمرتبة السنية باهل بيت النبى صلى الله عليه وسلم وعلى اله وكان
ذلك من فضل الله يؤتيه من يشاء وقد ينسب بعضهم الى الامام احتمالا
فى عدم اعتبار كونه من قريش والذى وقع عليه من كلامه ما ذكرته
والقاضى الحسين قال الشرط فى الامام ان يكون من قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثم من كان اقرب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم اشرافا كان اولى بالامامة
فالهاشمى اولى فان لم يوجد احد من بنى هاشم صالحا لها فقرشى وهذا
يكاد يرد عليه الاجماع فان ابا بكر وعمر وعثمان لم يكونوا من بنى هاشم
وبنى المطلب وعلى من بنى هاشم وقد قدموا عليه هل يراعى مع
وجود الاوصاف المعتبرة الاكمل اولا ولا شك فى ان الاكمل اولى
لكن لو بويع للمفضول فهل تنعقد امامته فيه خلاف حكاه الامام فى
كتاب الاقضية والذى اورده الماوردى انه ان كان ذلك لعذر دعى اليه من
كون الافضل غائبا او مريضا او كون المفضول اطوع فى الناس واقرب
الى القلوب انعقدت وان بويع لغير عذر فقد اختلف فى الانعقاد والذى
عليه الاكثرون من الفقهاء والمتكلمين الانعقاد لان زيادة الفضل مبالغة
فى الاختيار وليست معتبرة فى شروط الاستحقاق والاطلاق فى انه لو لم
ينعقد لحملة الاعلية فى الجواز لتحسم مادة الفتنة وكذا لو نشا من هو
افضل من الامام المنصوب لم يعزل المنصوب به ثم الاكمل عند الاستواء
فى الشرائط الاسن ولو كان احدهما اعلم والاخر اشجع قال الماوردى
روعى ما يوجبه حكم الوقت فان كانت الحاجة الى فضل الشجاعة ادعى
كان الاشجع احق وان كانت الحاجة الى فضل العلم ادعى لسكون الدهماء وظهور
اهل البدع كان الاعلم احق قال فان اختل شرط من ذلك لم يصح توليته
لقيام الادلة على اعتبارها وهذا ما اقتضاه كلام الماوردى ايضا وظاهره

انه لا فرق بين ان يكون المفقود النسب او غيره وقد حكى القاضي حسين
وجها انها اذا عقدت لفاسق انعقدت لانهم لما فوضوا الامر اليه
وعقدوا له الامامة راوه اهلا لها ونظروا للمسلمين فيها فلم يرد اجتهادهم
وحكم بالانعقاد دونه ايضا انا اذا عدمنا قريشا بالصفات المذكورة
عدلنا الى كنانة لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى اصطفى من العرب كنانة
ومن كنانة قريشا ومن قريش بني هاشم فانا من خيار الى خيار او لفظ هذا
معناه فان لم يوجد واحد منهم فمن جرهم وهم الذين ربوا اسمعيل صلى الله عليه
وسلم وتزوج منهم كذا قاله غيره وتعلم اللسان منهم واولاده منهم وقال
غيره انه اذا لم يوجد كناني فرجل من ولد اسمعيل فان لم يكن فمن جرهم فان
لم يوجد فرجل من نسل اسحق وهذا ما اورده المتولي وفي التهذيب انه اذا
لم يوجد احد من ولد اسمعيل يولى رجل من العجم وقال الرافعي وذلك ان يقول قريش
ولد النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة فكما قالوا اذا لم يوجد قرشي يولى كناني
فهلا قالوا اذا لم يوجد كناني يولى خزيمي وهكذا الى فوق الى ان يعود الاب حتى
ينتهي الى اسمعيل قلت هذا هو الذي اقتضاه كلام القاضي حسين قال اولا
الشرط ان يكون قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان اقرب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
نسبا كان اولى بالامامة ولا اشكال ان اولاد خزيمة اقرب نسبا من اولاد
اسمعيل وجرهم وحينئذ فيكون ما ذكروه تمثيلا لفاسق عليه لا
لنقتصر الحكم عليه لكن كلام القاضي ما ذكرته اولا وقد اطلق الامام
القول بانا اذا عدمنا قرشيا متصفا بالصفات المذكورة نصبنا من
وجدناه عالما كافيا ورعا وكان اماما ما يسعد الاحكام على الخاص والعام
نعم قد ذكرنا ان القرشي لو ولي ثم حدث بعده من هو افضل منه وراعينا
الافضل لا نخلعه لوجود الفاضل ولو نصبنا هنا من ليس قرشيا
للعدم ثم نشا في الزمان قرشي على الشرائط المطلوبة فان عسر خلعه

ليس

ليس نسيبا اقررناه وان لم يتعذر خلعه فالوجه عندي تسليم الامر
للقرشي فان هذا المنصب في حكم المستحق للمنتسبين الى الشجرة النبوية
والذي قدمنا نصبه في منزلة المستناب عمن لم يجمع الى فضائل الاشخاص
شرف الانتساب فاذا تمكنا من رد الامر الى المنتسب ابتدرناه
بلا ارتياب وفي الاشراف للهروي انه قيل ان النسب شرط وقيل انه ليس
الا الترجيح وهو الاصح وفائدته انه اذا وجد القرشي والنبطي قدم
على النبطي وان لم يوجد القرشي ولي النبطي ومن قال شرط فلا يولى احد
قال وان انتفى شرط من ذلك بعد التولية بطلت ولايته لفوات الحكم المتعلقة
بفوات ذلك الشرط فعلى هذا لو عاد الى الصفة الاولى لم تعد ولايته الا
بتولية جديدة وقد حكى العمراني عن الجويني في بطلان ولايته بطريان الفسق
ثلاثة اوجه احدها ينعزل وهو الصحيح وشبهه ابن يونس في ذلك لما ذكرناه
وقد نسب القاضي الحسين في باب قتال البغاة هذا المذهب الى المعتزلة
والثاني لا ينعزل الا بمباشرة العزل قال الامام في اواخر باب الوصية
ولو قلت انه الظاهر لكان مستقيما والسبب فيه ان استمرار العصمة
بعيد والمصير الى انخلاع الامام بالفسق يجر تبعة الامام والامامة
والزعامة ولست من الامام ناظرا فالوجه ان لا يبطل القول بانعزاله
ولا احاذر للجزم القاضي الحسين والرافعي في كتاب الاقضية بعدم انعزاله
وهو ما اقتضاه كلام الشيخ وغيره في باب قسم الصدقات وعلى هذا
فلا ينعزل ما لم يتشعث عند الاستتابة كما قاله الماوردي في باب
الشهادة بالجناية وهذان الوجهان قد حكيناهما في باب ما يجب به
القصاص من الجنايات عن ابي هريرة والثالث ان امكن استتابته او
تقويمه او ذه لم يخلع وان لم يمكن ذلك خلعناه والذي حكاه الامام في
الغياثي الوجهان الاولان وانه على الوجه الثاني يجب على اهل الحل

والعقد خلعه ثم قال والذي يجب القطع به ان الفسق الصادر
من الامام لا يقطع نظره ولا يجوز خلعه لما في ذلك من المفاسد
ومن الممكن ان يتوب ويسترجع وعلى هذا استطبق قول المتولي المذهب
المشهور انه لا ينعزل بالفسق ولا يكون موجبا للعزل فاذا اعتزلناه
به ثارت الفتنة ثم قال الامام وهذا كله في نوادر الفسوق
فاما اذا تواصل منه العصيان وفشى منه العدوان وظهر الفساد
وزال السداد وتعطلت الحقوق والحدود وارتفعت الصيانة ووضحت
الخيانة فلابد من استدراك هذا الامر المتفاقم فان امكن كف يده
وتولية غيره بالصفات المعتبرة فالبدار البدار وان لم يمكن القبض
على يده لاستظهاره بالشوكة الا باراقة الدماء ومصادمة اهوال
جمة الاهوال فالوجه ان يقاس ما الناس مدفوعون اليه مبتلون به
بما يفرض وقوعه في محاولة دفعه فان كان الواقع الناجز اكثر مما
يتوقع فيجب احتمال المتوقع والا فلا يسوغ التشاغل بالدفع بل يتعين
الاستمرار على الامر الواقع والابتهال الى الله تعالى والذي اورده
الماوردي ان الفسق ان كان بسبب اتباع شهواته فقد خرج بذلك
عن الامامة ولا يعود اليها بالتولية وان كان لاجل شبهة تعرض
فتاول بها خلاف الحق فقد ذهب فريق الى ان الحكم كذلك وقال
كثير من علماء البصرة لا يخرج به منها ويجوز ان تعقد له الامامة ابتداء
كما لا يمنع ذلك من ولاية القضاء وجواز الشهادة وقال فيما اذا طرا
عليه خلل في عقله ان كان عارضا مرجو الزوال كالاغماء فلا يخرج به
عن الامامة وان كان لازما لا يرجى زواله كالجنون فان كان مطبقا
دائما بطلت الامامة وان كان متخللا فان كان زمان الافاقة اقل
فكذلك الحكم وان كان اكثر ففي منعه من استدامتها خلاف مع انه

يمنع

يمنع ابتداءها وهكذا الحكم فيما اذا طرا عليه صمم او خرس في
منعه الاستدامة خلاف مع الجزم بمنعها ابتداء وراى الامام
انه مانع للاستدامة ايضا ومنهم من قال ان كان يحسن الكتابة لم
يخرج بهما وان كان لا يحسنها خرج وكذا الخلاف فيما اذا طرا فقد
احدى اليدين او الرجلين في منع الاستدامة وان كان يمنع الدخول
قال الامام والذي اراه ان ما يمنع من نقل الاعضاء من الابتداء يمنع
من الاستدامة ولو طرا عليه عشا العين وهو ان لا يبصر عند دخول
الليل لم يمنع الاستدامة كما لا يمنع الابتداء **فرع** اذا اسر الامام
وحبس في المطامير وبعد توقع خلاصه قال الامام فلا بد من نصب
امام يراه وكذا لو سقطت طاعته ورثت شوكته ووهت عدته وذهبت
منته ونفرت منه القلوب من غير سبب فيه يقتضيه ولم يجد لحفظ الحاله
مستدركا فالوجه نصب امام مطاع ونزل هذا منزلة ما لو اسر الامام
وانقطع نظره عن الانام واهل الاسلام ولم يصل الى مظان الحاجات
اثر راي الامام ثم قال ولا بد في هاتين الحالتين من انشاء الخلع والذي
قاله الماوردي في حال الاسر انه يجب على كافة الامة استنقاذه فان وقع
الاياس منه فان كان في اسر المشركين خرج عن الامامة بالاياس من
خلاصه وان كان ماسورا مع بغاة المسلمين فان كانوا قد نصبوا لانفسهم
اماما فالماسور قد خرج من الامامة بالاياس من خلاصه وعلى اهل العدل
ان يعقدوا لانفسهم اماما وان لم يعقد اهل البغي لهم اماما فالماسور باق
على الامامة وعلى اهل العدل ان يستنيبوا عنه ناظرا لكلفة ان لم يقدر على
الاستنابة وان قدر عليها كان احق باختيار من يستنيبه منهم فان خلع الماسور
نفسه او مات لم يصر المستناب اماما لانها نيابة عن موجود فزالت بفقده
قال والافضل ان يكون سريا من غير عنف اي غير بالغ في الشدة لينا من

عنف ضعف اي غير بالغ في اللين لما روى اسحق عن الزهري عن
ابن عباس قال قال عمر لماذا ادرى من يجعل اليه وذكر له عبد الرحمن
ابن عوف نعم الرجل ذكرت لكنه ضعيف انه والله ما يصلح
لهذا الامر يا ابن عباس الا القوي في غير عنف اللين في غير ضعف
والممسك في غير بخل والجواد في غير اسراف والمعنى في ذلك انه اذا
كان فيه عنف خافه الناس فلا يتمكنون من رفع حوائجهم اليه
واذا كان ضعيفا مهينا انبسطت عليه الرعيه وتجرى بعضهم على
بعض والعنف بضم العين على المشهور وحكى القاضي عياض في
المشارق وصاحب مطالع الانوار ضمها وفتحها وكسرها ونقلاه عن
الامام ابي مروان بن سراج قال ولا يحتجب عن الرعيه اي لا يتخذ حاجبا
لما روى ابو داود عن ابي مريم الازدي قال دخلت على معاويه فقال ما
انعمنا بك ابا فلان وهي كلمه يقولها العرب فقلت حديثا سمعته اخبرك
به سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من ولاه الله عز وجل شيئا من امور
المسلمين فاحتجب دون حاجتهم وخلتهم وفقرهم احتجب الله عنه
دون حاجته وخلته وفقره واخرجه الترمذي واصل الحجب المنع ولا
يتخذ حاجبا ولا بوابا اي في وقت انتصابه لفصل الخصومات لانه
لا يامن ان يمنع من لظلامه او يرجح بعض الناس على بعض باخذ
او غيره روي انه استصعب الاذن على المغيرة بن شعبه في خلوة ارادها
مع عمر فرشا حاجبه يرفا حتى سهل له الاذن عليه وكان يسال الحاجب
ان يجلسه في الدهليز اذا بعد مجلسه الوصول حتى يظن الناس انه قد
وصل حتى سهل له منزله الاختصاص بعمر فكان المغيره اول من
رشا ويرفا اول من ارتشا في الاسلام وقال في المهذب في باب ولايه
القضا الابرح للامام ان يتخذ حاجبا لان يرفا كان حاجب عمر

والحسن

والحسن بن علي كان حاجب عثمان وقنبر كان حاجب علي ولان
الامام ينظر في جميع المصالح فلا يعني الحاجه الا ان يجعل لكل
مصلحه وقتا لا يتداخل فيه كل احد وفي الحاوي في الموضع المذكور انه
يستحب للامام اتخاذ الحاجب لانه روي انه اجتمع على باب عمر ابو سفيان
ابن حرب وسهيل بن عمرو وسلمان وبلال وصهيب جماعه من ... الوحي
فاذن لسلمان وصهيب وبلال فتمعر وجه ابي سفيان فقال سهيل بن
عمرو يا ابا سفيان انها ولا عوم دعوا ودعينا فاجابوا وتاخرنا ولئن
حسدتهم على باب عمر لانت على اشد حسدا لهم على باب الجنه ولولا
الحجاب لما تميزها ولا المسابقه ولا ترتب الناس بحسب فضائلهم واقدارهم
وتبع صاحب المرشد المصنف فيما قاله في باب ولايه القضاء وقال في كتاب
الامامه ما ذكره الشيخ هنا وعلى الاول قال الشيخ فان اضطر الى ذلك
اتخذ امينا سلسا لا يكون جبارا متكبرا سيئ الخلق بالرعيه ونحوه اوصاف
الحاجب ... في باب ادب القضا والسلس بفتح السين وكسر اللام السهل
محل سهل سلس والجبار المتكبر والشرس سيئ الخلق اما نصب
الحاجب في اوقات الخلوه ونحوها فهذا لا نزاع في عدم كراهته والعاصي
كاسيان فاطلق باللام قال ويستحب ان يشاور اهل العلم في الاحكام
اي المختلف فيها وهو اهل الراي في النقض والابرام لقوله تعالى لنبيه صلى الله عليه وسلم
وشاورهم في الامر قال الحسن ان كان لغنيا ولكنه اراد ان يستن به
الحكام بعده وقال صلى الله عليه وسلم المستشار مؤتمن وشاور عليه الصلاه
والسلام اصحابه في اسارى بدر وشاور اهل المدينه يوم الخندق في
حفر الخندق حتى اجمعوا عليه وفي صلح الاحزاب على ثلث ثمار المدينه
فقالوا ان كان الله امرك فالسمع والطاعه وان كان غير ذلك فلا نطعمهم
فينا فانهم في الجاهليه لم يكونوا يصلون الى تمره الا بشراء او قرى

فامتنع وشاور ابو بكر الصحابة في الجد ام الاخ وشاورهم عمر في الجد
ام الاب وفي دية الجنين وفي التي اجهضت ما في بطنها وشاور عثمان
في الاحكام وكان علي قليل المشاوره فقيل لانه لم يبق في عصره عديل
يشاوره وقيل لانه كان يشاهد استشاره قريبه واشتغل بها ولم يختلف في
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يشاور في امور الدنيا ومصالحها وانما
اختلف في استشارته في الدين والاحكام فمن قال انه صلى الله عليه وسلم لا
يجتهد بل ما يقوله عن وحي قال لم يشاور فيها ومن قال كان له الاجتهاد
قال انه يشاور فيها واستدل لذلك بانه يشاور في علامة يكون لوقت
صلواتهم وشاور اصحابه في حد الزاني والشارب فقالوا الله ورسوله
اعلم فقال هن فواحش وفيهن عقوبات حتى انزل الله فيهما ما انزل
ويلزمه النظر في مصالح الرعية من امر الصلاة اي المفروضة على الاعيان والعلما
والمسنونة من الشعاير الظاهرة وهي الجمع والجماعات المفروضة
في الجمع والمسنونة في غيرها والاعلام باوقاتها ونحو ذلك والائمة
وامر الصوم والاهلة وامر الحج والعمرة وامر القضا والحسبة وامر
الاجناد اي المرتبين في الحصون وغيرها والامر اي على جباية الخراج
والجهاد والحج والعمرة لفعله صلى الله عليه وسلم حين امر ابا بكر على الحج بعد
الفتح وعلى البلاد ويجوز ذلك لان الامامة انما وضعت لذلك **قال** والاولى
على ذلك الا ثقة مامونا عارفا بما يتولاه كافيا لما يتقلده من الاعمال
لقوله صلى الله عليه وسلم من استرعى رعية فلم يحطها بنصحه لم يرح
رايحة الجنة ولان المقصود من التولية لا يحصل بدون هذه الاوصاف
قال والايدع السوال عن اخبارهم والبحث عن احكامهم خوفا من الحدوث
ما لا يجوز منهم **قال** وينظر في اموال الفي والخراج والجزيه ويصرف ذلك
للاهم فالاهم من المصالح من سد الثغور اي وهي الحصون بالعدد والرجال

قدح

التي هي

قوله بنصحها

قوله لحوادثهم

ونحوها

ونحوها وارزاق الاجناد وسد البثوق اي وهي الثلم والفتح في
النهر واحدها بثق بفتح البا وكسرها يقال بثق السيل موضع
كذا اي خرقه وشقه بثقا وانبثق انفجر والبثوق بفتح الموحدة ثم مثلثة
مضمومة **قال** وحفر الانهار وارزاق القضاة والموذنين وغير
ذلك من المصالح اي كبنا المساجد والربط والقناطر والصرف
للمفتين والقسام والمتفقهين وكل من يقوم بقاعدة من قواعد
الدين يلهيه قيامه بها عما فيه سداده وقوامه وكالصرف لمن
تحمل حمالة واجرة السجان والسجن وكاتب القاضي وحاجبه ونايبه والا
له وثمن القرطاس وغير ذلك هو مذكور في موضعه **قال** وينظر
في اموال الصدقات ومصارفها لما سلف ذكره وسايل امر المواريث
والمعادن ومن يقطعها على ما ذكرناها في مواضعها وقد ذكرت في باب

اذا فضل من مال بيت المال شي ماذا يصنع به فلم اطلع منه وقد جعل
الماوردي الامور التي تلزم الامام عشرة اشيا اكثرها مذكور في الكتاب
ولكنا نذكرها احدها حفظ الدين على اصوله المستقرة وما اجمع
عليه سلف الامة فان ظهر مبتدع او زاغ ذو شبهة عنه اوضح
له الحجة وبين له الصواب واخذه بما يلزمه من الحقوق والثاني
تنفيذ الاحكام بين المتشاجرين وقطع الخصام بين المتنازعين
حتى تعم النصفة فلا يتعدى ظالم ولا يضعف مظلوم والثالث حماية
البيضة والذب عن الحريم حتى يتصرف الناس في المعايش وينتشروا
في الاسفار امنين من تغرير بنفس او مال والرابع اقامة الحدود
لتصان محارم الله تعالى عن الانتهاك ويحفظ حقوق عباده من
اتلاف واستهلاك والخامس تحصين الثغور بالعدة المانعة

عوان
تماد

دراهم الاصل بياض

والقوه الدافعه والسادس جهاد من عاند الاسلام بعد الدعوه
حتى يسلم او يدخل في الذمه ليقام بحق الله تعالى في اظهاره على الدين كله
والسابع جبايه الفي والصدقات على ما اوجبه الشرع نصا واجتهادا
من غير عسف والثامن تقدير العطا وما يستحق في بيت المال من
غير سرف ولا تقصير ودفعه في وقت لا تقديم فيه ولا تاخير
والتاسع استكفا الامنا وتقليد النصحا فيما يفوضه اليهم من
الاعمال ويكله اليهم من الاموال والعاشر ان يباشر بنفسه
مشارفه الامور وتصفح الاحوال لينهض بسياسه الامه وحراسه
المله ولا يعول على التفويض تشاغلا بلذه او عباده فقد يخون الامين
ويغش الناصح وهذا وان كان مستحقا عليه بحكم الدين ومنصب الخلافه
فهو من حقوق السياسه لكل مسترعي قال فاذا قام الامام بما ذكرناه
من حقوق الامه فقد ادى حق الله فيما لهم وعليهم ووجب له عليهم
حقان الطاعه والنصره ما لم يتغير حاله وقال الرافعي ان ذلك
واجب سواء كان عادلا او جائرا لما روي انه عليه الصلاه والسلام قال من ولي
عليه وال فراه ياتي شيا من معاصي الله تعالى فليكره ما ياتي من معصيه
الله ولا ينزعن يدا من طاعته ولا يجوز لاهل العقد والحل بعد عقد
الامامه خلعه اذا لم يخل عن شي من صفات الائمه باتفاق الامه
قال الامام نعم لو اراد خلع نفسه فقد اضطربت مذاهب العلما فيه
فمنعه بعضهم لما امتنع على العاقد والمسلمين وهذا ما اورده صاحب البيان
وغيره واختاره اخرون لما صح وتواتر او استفاض من خلع الحسن
ابن علي نفسه ولم ينكر احد وفي التتمه حكايه المذهبين وجهين قال
الامام والحق المتبع عندي ان الامام لو خلع نفسه لاضطربت
الامور وتزلزلت الثغور وانجر الى المسلمين ضرر لا قبل لهم به فلا يجوز

علم انه لو خ

ذلك

ذلك وان علم ان خلعه نفسه لا يضر بالمسلمين بل يطفي نايره ويحقن
دما المسلمين فلا يمتنع ان يخلع نفسه وهذا كان خلع الحسن نفسه
ولو كان لا يوثر خلعه نفسه في الحال ضرارا ولا في المستقبل نايره
ولو خلع نفسه لقام اخر مقامه فلست قاطعا في ذلك جوابا
بل ارى القولين فيه متكافيين قريبي الماخذ والاظهر عندي
انه لو حاول استخلا بنفسه واعتزالا لطاعه الله تعالى لم تمتنع
وفي تعليق القاضي الحسين انه اذا خلع نفسه نظر فان خلع الى من
لا يصلح للامامه لا ينخلع عنها وان خلع الى من هو اصلح منه او مثله
انخلع اليه وان خلع الى من يشكل حاله هل هو صالح للامامه ام لا حمل
على انه صالح لها لان الامام لا ينصرف الا على النظر للمسلمين فلما انخلع
اليه راه اهلا لذلك وقال في المهذب اذا خلع نفسه نظر فان كان
لعذر من هرم او عله انعزل ثم ان ولي غيره قبل ان خلع نفسه
انعقدت الامامه للثاني وان لم يول فالناس يجمعون على توليه غيره
وان لم يظهر به عذر نظر ان لم يول اخر لم ينعزل وهذا ان ولي من هو دونه
وان ولي من هو مثله او فوقه ففي انعزاله وجهان وقال انا على
القول بانعزاله في هذه الصوره اذا ولي من يمكنا قيامه تبينا
ولايته **فروع** تقدم الوعد بها د: اذا عهد الامام في الخلافه
الى غيره قال الماوردي فيعتبر ان يكون المولى متصفا بالشروط
المذكوره من وقت العهد اليه حتى لو كان صغيرا او فاسقا عند
العهد بالغا عدلا عند موت المولي لم يصح اماما بالعهد السابق
قال الرافعي ولم يتوقف في هذا واذا عهد الى غايب مجهول الحياه لم
يصح عهده وان كان معلوم الحياه صح فان مات المستخلف وهو غايب
بعد استقدمه اهل الاختيار فان بعدت غيبته واستضر

المسلمون بتاخير النظر في امورهم استناب اهل الاختيار نايبا
عنه فيها يقوم بالنيابة دون الخلافة فاذا قدم الخليفة الغايب
انعزل المستخلف وكان نظره قبل قدومه ماضيا وبعد قدومه مردودا
واذا خلع الخليفة نفسه كان كما لو مات فتنتقل الخلافة الى ولي العهد
قال الرافعي ويجوز ان يفرق بين ان يقول الخلافة بعد موتي لفلان او بعد
خلافتي ولو اراد ولي العهد ان ينقل ما اليه من ولاية العهد الى غيره
لم يجز لانه انما يجوز له النظر ويثبت له الولاية بعد موت المولي
وان ولي العهد اذا استعفى لم يبطل عهده بالاستعفاء حتى يعفى
للزومه من جهة المولي والمولى ثم ينظر فان وجد غيره جاز استعفاوه واعفاوه
وخرج من العهد باجتماعهما على الاستعفا والاعفا وان لم يوجد
غيره لم يجز استعفاوه ولا اعفاوه وكان العهد على لزومه من جهة
المولي والمولى وانه اذا عهد الى اثنين او اكثر على الترتيب فقال الخليفة
بعد موتي فلان وبعد موته فلان وبعد موته فلان جاز وانتقلت الخلافة
اليهم كما رتب اقتدا برسول الله صلى الله عليه وسلم في ترتيبه امرا جيش
موته وانه لو مات الاول في حياة الخليفة فالخلافة بعده للثاني ولو
مات الاول والثاني في حياته فهي للثالث قال الرافعي وقد يتوقف
في هذا ويقال المفهوم من اللفظ جعل الثاني خليفة بعد خلافة الاول
قلت ويعضده ما حكاه الماوردي فيما اذا قال وقفت على زيد ثم من
بعده على عمرو ثم من بعده على خالد انه لا يصرف لخالد شي اذا مات
عمرو قبل زيد كما ذكرناه في الوقف وانه لو مات الخليفة والثلاثة
احيا وانتهت الخلافة الى الاول فاراد ان يعهد بها الى غير الاخرين
فمن الفقها من منع ذلك حملا على مقتضى الترتيب الا ان يستنزل
مستحقها عنها طوعا والظاهر من مذهب الشافعي وما عليه

جمهور

جمهور الفقها جوازه لانه اذا انتهت الخلافة اليه صار املك
بها فيعول نصها الى من شا بخلاف ما اذا مات ولم يعهد بها الى
احد ليس لاهل البيعة ان يبايعوا غير الثاني ويقدم عهد الاول
على اختيارهم وهذا فيه نظر لانه قال بعد ذلك لو قال الخليفة العاهد
قد عهدت الى فلان فان مات بعد افضا الخلافة اليه فالخليفة
بعده فلان لم يصح خلافة الثاني ولم ينعقد عهده بها لانه لم يعهد اليه
في الحال وانما جعله ولي عهد بعد افضا الخلافة الى الاول وقد يموت
قبل افضايها اليه فلا يكون عهد الثاني بها منبرما فلذلك بطل وجاز
للاول بعد افضا الخلافة اليه ان يعهد بها الى غيره وان مات من غير عهد
جاز لاهل الحل والعقد اختيار غيره ويخالف هذا ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم
في جيش موته لانه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم حي لم ينتقل امورهم الى
غيره وانه ليس لاهل الشورى ان يعينوا واحدا منهم في حياة الخليفة
الا ان ياذن لهم في ذلك فان خافوا انتشار الامر بعده استاذنوه فان
اذن فعلوا وانه يجوز للخليفة ان ينص على من يختار للخلافة بعده كما يجوز
له ان يعهد الى غيره حتى لا يصح الاختيار من نص عليه الا من جمع خلافته

كتاب الاقضية

الاقضية جمع قضا كالعطا
والعطية وقيا والاقضية والقضا بالمد الولاية المعروفة قال الازهري
وهو في الاصل احكام الشي والفراغ منه ومنه قوله تعالى وقضينا الى
بني اسرايل ويكون القضا امضا الحكم على هذا وسمي الحاكم حاكما لانه
يمضي الاحكام ويحكمها وقال الجوهري انه يقال قضى يعني انهى
وفرغ ومنه كما قال الرافعي قوله تعالى فوكزه موسى فقضى عليه
اي قتله وفرغ منه وسمي قاضيا اي قاتلا فسمي القضا على هذا اقضا
لان القاضي ينهي الامر بالفصل ويفرغ منه بالامضا ويقال قضى
ب

بمعنى اوجب ومنه قوله تعالى وقضى ربك الا تعبدوا الا اياه
فيجوز ان يكون سمي القاضي قاضيا لايجابه الحكم على من يجب عليه
ويقال بمعنى الاتمام ومنه قوله تعالى فاذا قضيتم مناسككم فالقاضي
يتم الامر بحكمه ويقال بمعنى مات وبمعنى ادى وبمعنى قدر وصنع
كقولهم قضى الدرع ومنه قوله تعالى فقضاهن سبع سموات ويسمى القضاء
حكما لما فيه من منع الظالم من الظلم ماخوذ من الحكمة التي توجب
وضع الشيء في محله او من احكام الشيء ومنه حكمة اللجام لمنعها
الدابة من ركوب راسها وقد قيل ان الحكمة ماخوذة من هذا ايضا
لمنعها النفس من هواها ويقال حكمت واحكمت السفيه اذا اخذت
على يده ومنعته

باب ولاية القضاء وادب القاضي

ولاية القضاء فرض لقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط وقوله تعالى ومن لم يحكم
بما انزل الله فاولئك هم الكافرون وفي اخرى الظالمون وفي اخرى الفاسقون
ولان طباع البشر مجبولة على التظالم والتجاحد ومنع الحقوق
وارتكاب منع الحقوق وقل من ينصف من نفسه والامام لا يقدر
على فصل كل الخصومات وتحصيل كل المطلوبات من القضاء
بنفسه فدعت الحاجة الى اقامة من ينصف المظلومين من الظالمين
ولهذا قال صلى الله عليه وسلم لا بد للناس من وزعة **قال** على الكفاية
لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عليا الى اليمن قاضيا واستخلف
عتاب بن اسيد على مكة بعد الفتح واليا وقاضيا وقلد معاذا قضاء
بعض اليمن وقلد دحية الكلبي قضاء ناحية وكان يشبه بجبريل عليه السلام
وكذلك الخلفاء الاربعة استخلفوا القضاة فبعث ابو بكر انسا الى البحرين
قاضيا وبعث عمر ابا موسى الاشعري الى البصرة قاضيا وبعث عبد الله بن
مسعود الى الكوفة قاضيا وعثمان قلد شريحا القضاء وعلي بعث عبد الله بن

قوامين صح

عمر

عباس الى البصرة قاضيا وناظرا فعلم ان ذلك فرض على الكفاية واحد
ولان القضاء امر بمعروف او نهي عن منكر وهما واجبان فهو
فرض على الكفاية وقد ادعى الرافعي في ذلك الاجماع ورايت فيما وقفت
عليه من تعليق القاضي ابي الطيب انه يستحب للامام ان ينصب القضاة
في البلدان ولم اره في غيره والحاصل ان هذا الفرض من تاهل فيه شروط
القضاء استحقاقا عن المعروف في فروض الكفايات اذا قام به من
فيه الكفاية سقط الفرض عن الذين خوطبوا به على الكفاية وانهم اذا
امتنعوا منه اثموا جميعا وهو مصرح به في ذلك هنا نعم حكى في المهذب
وغيره ان الامام هل له في هذه الحالة ان يجبر واحدا منهم على الدخول
فيه وجهين اختار الرافعي في المحرر منهما الاجبار وصحح ابن ابي الدم
المنع قال مجلي وعلى هذا هل يتعين عليه فيه وجهان وابن الصباغ
والسنجي حكيا ان الامام لو عين شخصا ابتداء للقضاء هل يتعين
عليه فيه وجهان من غير بناء على ما ذكره مجلي مع اني لم افهم معنى
البناء وقد قال مجلي بعد حكاية الوجهين في التعيين ان الغزالي قال
هذا فيه اذا عينه من غير تخيير له فان نازع فيه خبرته فلا معنى لايجاب
التقليد وهو غير متعين ولم يجزم الامام بتعيينه وما نسبه
الغزالي الى الامام ذكره بعد حكايته عن العراقيين الوجهين **قال** فان لم
يكن من يصلح الا واحد تعين عليه اي القبول لان هذا شان فروض
الكفايات وان امتنع في هذا التعيين عليه خوفه على نفسه الخيانة
والميل لم يجب عليه القبول وان يجاهد نفسه ويلازم سمت التقوى
ويستحب ان يقول اذا دعي سمعا وطاعة **قال** ويلزمه طلبه اي ان
لم يعرض عليه لانه يخرج من واجبه قال في المهذب وغيره ولو
احتاج في هذه الحالة في تحصيله الى بذل مال وجب بذله كما

يلزمه في شرا الرقبة في الكفاره والطعام في المجاعه وفي الحاوي ما
يخالف ذلك لانه قال يجب القبول ولا يتعين عليه طلب القضا لان
فرض التقليد على المولي دون المولى قلت ولعل هذا اذا علم به المولي
اما اذا لم يعلم فيجب عليه اعلامه كما اطلقه السرخسي وابن الصباغ وغيرهما
وقال الماوردي في اخر الفصل ان بذل المال في هذه الحالة مستحب
فان امتنع اجبر عليه اي على القبول مع عصيانه لان الناس مضطرون
الى علمه ونظره فكان كصاحب الطعام اذا منعه من المضطر وقد قدمنا
في باب ادب السلطان سوالا اورد مثله هنا الرافعي فليطلب جوابه
من ثم وهذا هو المشهور وفي تعليق القاضي ابي الطيب والرافعي
حكايه وجه انه لا يجبر عند الامتناع لما روي انه عليه الصلاه والسلام
قال انا لا نكره على القضا احدا والاولون حملوا الحديث على حالة عدم
التعيين فان كان هناك غيره اي صالح لذلك اهلا حينئذ له وكره له
ان يتعرض له اي بالطلب لما روي ابو داود عن بلال بن (?) مالك قال سمعت [عن انس بن مالك]
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من طلب القضا واستعان عليه وكل اليه ومن
لم يطلبه ولم يستعن عليه انزل الله ملكا يسدده واخرجه الترمذي وقال انه
حسن غريب وروى مسلم والبخاري وغيرهما مختصرا ومطولا عن عبد الرحمن بن
سمرة قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسال
الاماره فانك ان اعطيتها عن مسالة وكلت فيها الى نفسك وان اعطيتها
عن غير مسالة اعنت عليها ولان في القضا من الخطر ما لا يخفى قال
عليه الصلاه والسلام من ولي القضا فقد ذبح بغير سكين خرجه ابو داود
اي هو وقال الترمذي انه حسن غريب من هذا الوجه وقد قيل في معناه ان من
تصدر للقضا فقد تعرض للذبح لانه يريد ان يحكم على الصديق والعدو
والقريب والبعيد بحكم واحد فليحذره وقيل انه بنولبنه بصير

بالمذبوح

بالمذبوح لانه يحتاج الى ان يميت شهوته ويكسر نفسه ويقهرها
ويمنعها عن التبسط ومخالطة الناس وقوله بغير سكين قال
الخطابي يحتمل وجهين احدهما ان الذبح في ظاهر العرف وغالب
العاده بالسكين فعدل صلى الله عليه وسلم عن ذلك ليعلم ان المراد ما
يخاف عليه من هلاك دينه دون هلاك بدنه والثاني ان الذبح الموحي
المريح للذبيحه انما يكون بالسكين فاذا كان بغير سكين كان خنقا وتعذيبا
فضرب المثل ليكون ابلغ في الحذر منه والاخبار المحذرة في هذا الباب
كثيرة قال الجيلي قال بعض اصحابنا وهذا اذا لم يستشعر من نفسه ميلا
اما اذا استشعر فلا يجوز وقال في الوسيط ان الامر لا ينتهي الى التحريم
بمجرد الاستشعار الا ان يكون محتاجا فلا يكره اي التعرض له
بالطلب لكفايه او خاملا اي غير مشهور بين الناس وله يرجو لنشر العلم
وحكى ابن الصباغ عن بعض الاصحاب انه يستحب الطلب في هاتين الحا [لتين]
وانه يجوز بذل المال لتحصيله وقد وافق القاضي ابو الطيب هذا القايل
في استحباب الطلب وبه اجاب في المهذب والتهذيب في الحالتين [رتبته]
وحكى المرسي في ادب القضا له عن بعض اصحابنا انه يستحب له طلب القضاء
ولم يقيده بحاله من الحالات وحكاه الجيلي ايضا فيما اذا كان الرجل واثقا
بنفسه وقال انه افضل ومثل الموثوق بالنفس بما اذا كان فقيرا فيجبرها
بالولايه وقد ابداه في الوسيط احتمالا لا على هذا الوجه بل على قول
الاصحاب كما حكاه الجيلي وعنده ان تولي القضا اهم من الجهاد لان
الجهاد طلب للزياده والقضا حفظ للحاصل وضبطه قال الجيلي
وعنوا بذلك ما حصل من احكام الشريعه فان ضبط احكامها
وحفظ نظامها من تطرق خلل ووقوع زلل اهم من ابتغا سواه
وهذا التعليل كما قال ابن شداد في كتابه المترجم بملجا الحكام عند

التباس الاحكام يرشد الى ان مرادهم الجهاد الذي اقتضى
الاستزاده بلاد في خطه بلاد المسلمين واسترداده اعداد ممن
يقول بالاسلام اما الجهاد الذي اقتضى لدفع العدو عن الاسلام
والمسلمين بعد ان يطا بلادهم فلا يكون القضا اهم منه بل ذلك اهم
من القضا والمفسده المتوقعه منهم اعم حتى لو فرض شخص تعين للقضا
وتعين لدفع الضرر عن الاسلام والمسلمين لكونه متمكنا مطاعا لكان
اشتغاله بدفع العدو اولى بمقتضى هذه العله وكذا قول الامام وابن الصباغ
وصاحب الكافي وغيرهم ان القضا من اعلى القربات واسندلوا لذلك
بما روي ابن مسعود قال لان اجلس فاقضي بين اثنين بحق احب الي
من عباده سبعين سنه واستانسوا في ذلك بايات واخبار يدل منها
ما تيسر جمعها قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق
منهم معرضون فذم الله تعالى من يمتنع عن الاجابه الى القضا ومدح
من يجيب اليه اذا دعي بقوله تعالى انما كان قول المومنين اذا دعوا الى الله
ورسوله ليحكم بينهم ان يقولوا سمعنا واطعنا واولئك هم المفلحون فدل
ذلك على علو قدره ومنها ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليوم
من امام عادل افضل من عباده ستين سنه وحد يقام في الارض بحقه
اولى من مطر اربعين خريفا وقال عليه الصلاه والسلام سبعه يظلهم الله
في ظل عرشه يوم لا ظل الا ظله امام عادل الحديث وقال اذا جلس
القاضي للحكم بعث الله اليه ملكين يسددانه فان عدل اقاما وان
جار عرجا وتركاه وروي ابو داود عن ابي قيس مولى عمرو بن العاص عن
عمرو بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حكم الحاكم فاجتهد
فاصاب فله اجران واذا حكم فاجتهد فاخطا فله اجر فحدثت بهم
ابا بكر بن حزم فقال هكذا حدثني به ابو سلمه عن ابي هريره واخرجه البخاري ومسلم
والترمذي والنسائي وابن ماجه مطولا ومختصرا قال القاضي ابو الطيب

وقوله

ارجح

وقوله صلى الله عليه وسلم من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين محمول على
الخائن او الجاهل لما روى ابو داود عن ابن بريده عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال القضاه ثلاثه واحد في الجنه واثنان في النار فاما الذي في الجنه
فرجل عرف الحق فقضى به ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار ورجل
قضى للناس على جهل فهو في النار واخرجه الترمذي وابن ماجه وقال
ابن الصباغ الاحاديث المحذره داله على عظم قدره وصعوبه امره حتى
يقدم عليه من اخلص نفسه قوي في دينه وبصيره نافذه في علمه ويجتهد
في طلب الحق عادلا عن الهوى والميل وما جاء في حديث عبد الرحمن بن سمره
والذي قبله محمول على من سال ذلك لمجرد الرياسه وطلبا للنيل ومن
استحبه فانما استحبه اذا قصد به القربه وقد بالغ الامام في الغياثي
فقال الذي اراه ان القيام بما هو من فروض الكفايات احرى باحراز
الدرجات واعلى في فنون القربات من فرائض الاعيان المحتومات فان ما
تعين على المتعبد المكلف لو تركه ولم يقابل امر الشرع فيه بالارتسام اختص
الماثم به ولو اقامه فهو المثاب عليه ولو فرض تعطيل فرض من فروض
الكفايات لعم الماثم الكافه على اختلاف الرتب والدرجات فالقائم به كاف
نفسه وكافه المخاطبين الحرج والاثم والعقاب واقل افضل الثواب
والبقوق قدر من يحل محل المسلمين اجمعين في القيام بمهم من مهمات الدين
وعلى هذا يتاتى التعالي ما حكي ابن يحيى عن بعض الاصحاب ان القضا مكروه
احتجاجا بالاحاديث المحذره وعبر عنه الرافعي بان تركه اولى اما اذا عرض
عليه ذلك وقلنا لا يحرم بقبوله عليه فقد قال الغزالي الاولى القبول
ويمكن حمل ما حكينا عن الاصحاب على هذه الحاله وهو الاشبه وقال
الشيخ ابو الطيب في حاله عدم الحاجه والخمول انه لا يستحب له الدخول فيه
وفي حاله الحاجه والخمول يستحب له الدخول وعباره ابن الصباغ وصاحب

المرشد في حالة عدم الحاجة والمحمول الاول عدم الدخول السرع لتعليم
العلم والفتوى وعلى هذه الحالة يحمل امتناع ابن عمر عن القضا حين
دعاه عثمان وفي حالة الحاجة لو المحمول الاول الدخول وحديث عبد الرحمن
سمرة والذى ذهب اليه مسلمة بن الحجاج حكاه الغزالي وسلك الماوردي في الحاوي
طريقا اخر مما نحن فيه فقال للطالب خمسة احوال مستحب ومحظور ومباح
ومكروه ومختلف فيه فالاول اذا كانت الحقوق مضاعة لجور او عجز الاحكام
فاسدة لجهل او هوى فيقصد بطلبه حفظ الحقوق وحراسة الاحكام لان
المطلوب به امر بمعروف ونهي عن منكر ومن هذه الحالة يستحب له بذل المال
لتحصيله القضا والثاني اذا قصد بطلبه انتقاما من اعدا او مكتسبا بارتشاء
لانه قصد به ما يأثم به وبذل المال في هذه الحالة لحصوله محرم ايضا
والثالث اذا قصد به استمداد رزقه من بيت المال او استدفاع الضرر به لان
المقصود به مباح والبذل في هذه الحالة ان كان بعد الولاية لم يحرم على الباذل
وان كان قبله حرم عليه والرابع اذا طلبه للمباهاة والاستعلا به لان
المقصود به مكروه قال الله تعالى تلك الدار الاخرة نجعلها للذين لا يريدون علوا في
الارض ولا فسادا وفي هذه الحالة بذل المال مكروه ايضا والاخذ اثم
في كل الاحوال وقد حكي عن ابن خيران وابن القاص وآخرين اطلاق القول بان
البذل محظور وبان قضاءه اذا ولي مردود وحمل الماوردي عند الكلام في قبول
الهدايا ان الباذل ان كان متعينا عن الولاية حرم عليه البذل وان كان
محتاجا اليها لم يحرم والخامس اذا طلبه رغبة في الولاية والنظر فقد
اختلف فيه اصحابنا والسلف قبلهم على ثلاثة مذاهب احدها يكره ان يكون له
طالبا ويحرم ان يجب اليه مطلوبا والثاني انه يستحب ان يكون له طالبا ويجب
ان يجب اليه مطلوبا والثالث وهو اعدلها يكره ان يكون طالبا ويستحب
ان يجب اليه مطلوبا واذا كان ثم من هو افضل منه فالكلام في الأليق على صحة

توليته

توليته القضا للمفضول مع وجود الفاضل وفيه خلاف عند الاصوليين مرتب
على الخلاف في انعقاد امامة المفضول مع وجود الفاضل والاولى الانعقاد
وهو الذى صححه الغزالي والرافعي وحكاه الامام عن الاكثرين وقال
انه المختار والوقف على هذا بين الامامة والقضا ان ما يحصل من
نقص القاضي الامام من وراه ينظر فيتجبر بنظر الامام وما فات من فضل
الامام لا جابر له وقد قال الماوردي بان القضا نيابة خاصة فجاز ان
يحتمل فيها على الاحسن والمستنيب والامامة ولاية عامة فلم يصح فيها
بشرط اهل الاختيار لاقتصار نظرهم على غيرهم فان قلنا بعدم الانعقاد
كان طلبه حراما وهل القبول ويحرم على الامام التولية وان قلنا بالصحة
فان امتنع الفاضل من القبول فهو كالمعدوم وان لم يمتنع فالقبول جائز
ان ولي بغير مسئلة والاولى ان لا يفعل قال البغوي والغزالي والطلب مكروه
وعن القاضي الحسين ان الطلب من الطالب حرام ويكره للامام ان يوليه
القضا فان ولاه انعقد ويكره له التقليد ان امكنه ان يتعلل قال الامام
ودعواه تحريم الطلب مع تصحيح نصب المفضول خطأ وقد قال يكره للامام ان
ينصبه وحكم الطلب يتلقى من حكم النصب ولو كان الموجود في البلد دونه
فان قلنا لا ينعقد ولاية المفضول فهل يتعين [illegible] وان قلنا تنعقد
كان الاولى له القبول لتحصل تلك المزية للمسلمين وقيل يجب اذا قلد من
غير مسئلة قال الرافعي وهذا الخلاف قريب من الخلاف في المذكور فيما اذا
امتنع الكل هل يجبر الامام احدهم والاظهر هنا عدم الوجوب لانه
قد يقوم به غيره قلت بل هو بعض الخلاف والذى حكيته عن ابن الصباغ
وغيره في ان الامام اذا عين واحدا ابتداء للقضا مع مساواته
لغيره هل يجب عليه عينا ويظهر ان يكون الاظهر هنا الوجوب لامتياز
هذا بالفضل الذى قيل انه سبب للتعيين وقد قال الماوردي اذا
تكاملت شروط القضا في جماعة وكان فيهم طالب للولاية وفيهم ممسك

فالاولى بتقليد المتمسك فان امتنع لعذر لم يجبر وان امتنع لغير عذر ففي
جواز اجباره عليه وجهان فاذا كان من اهل الاجتهاد وحصل الامتناع فكيف
يكون غيره والطلب جايز بل مستحب قال الرافعي وجب استحبابا
الطلب والتقليد او اجتنابهما فذاك عند الوثوق وعليه الظن
بقوة النفس واما عند الاستشعار فينبغي ان يحذر وان اهم الغنايم
حفظ السلامة وبالجملة فالذي كان عليه السلف التوقي والامتناع من الدخول
فيه وهذا الصدر الاول من الصحابة وهذا الامر يلوبهم اقتفا لاثره
حكى القاضي ابو الطيب انه روي ان المامون كتب الى الشافعي يستدعيه
ليوليه القضا في الشرق والغرب فابى ودعى المزني في مرض موته ونهاه عن
تولية القضا والتعرض له فطلبه المامون فقال اني لم اطلقه لاحد غيرك وحكى ايضا
ان ابا القسم الصيدلاني المتوفي حلقه فقال كنت امشي بباب الشام مع ابي
فاراني دكانا مختومة فقال انظر هذا حتى يختم هذا عقار ابي علي بن خيران
لستدعاه ابن الفرات للقضا فهرب فختم عقاره حتى يظهر وروي ان ابا علي
ابن خيران صاحب ابن سريج كان يعاتب ابن سريج على توليه القضا ويقول
له هذا الامر لم يكن في اصحابنا انما كان في اصحاب ابي حنيفة يعني ابا يوسف
وغيره واول من دعي بقاضي القضاة في الاسلام ابو يوسف حكى ذلك صاحب المهذب
ثم اورد السند وقد حكى ان ابا حنيفة ممن امتنع من الدخول فيه حكى ابو الطيب
ان المنصور استدعا الثوري وابا حنيفة وشريكا فهرب سفيان الثوري وعرض
على ابي حنيفة القضا فامتنع وقال انا لا اصلح له وعرض على شريك فاعتذر
بعلل فازاحها فقلد القضا وروى ابو جعفر محمد بن جرير الطبري في تاريخه
الكبير وغيره ان المنصور طلب ابا حنيفة للقضا فابى فحلف المنصور
لتفعلن وحلف ابو حنيفة انه لا يفعل فقال له الربيع يحلف امير المومنين
وتحلف انت فقال امير المومنين اقدر على كفارة يمينه مني فحبسه
المنصور اياما ثم احضره فقال له ابو حنيفة يا امير المومنين انا لا اصلح
للقضا

للقضا فان كنت صادقا فلا اصلح وان كنت كاذبا فلا اصلح للقضا
فرد الى الحبس وضربه بالسياط كل يوم فاطلقه وقال ابن الاثير وهذه
الرواية الصحيحة والاصح روى انه لما تواعده ان لم يل اجاب فولاه
قضا الرصافة التي بناها المنصور لابنه المهدي فقعد يومين لم ياته
احد فلما كان اليوم الثالث حضره رجلان فادعى احدهما على الاخر درهمين
وانصف درهم فانكره وطلب بينة فقال له قل والله فشرع في اليمين فلما
راى اقدامه على اليمين دفع اليه درهما من ماله ثم مرض فعد يومين ثم مات بعد
ستة ايام روى الخطيب ابو بكر البغدادي ان الشافعي ولي القضا بنجران من
بلاد اليمن ومن اوليائه من حمل الى بغداد والصحيح ان ابا حنيفة والشافعي
لم يليا البتة. فايده ضمنها مسئلة قال الرافعي طرق الاصحاب مختلفة في
تعين المستحق للقضا وعدم تعينه على النظر الى البلاد والناحية لا
غير قلت وعليه ينطبق قول ابي الطيب الذي يجب عليه ان يتولى القضا
رجل ذو العلم والامانة وليس في البلد غيره فانه يجب عليه ان يتولى القضا
ذلك البلد وقول القاضي الحسين ان لم يكن في بلده من يصلح للقضا فلا
يكره له طلب القضا بل يستحب وان قيل بعدم تعين عليه فرض عين لم يشتغل
وقول الامام وان لم يكن في الناحية من يصلح غيره افترض عليه ان يعرض
قال الرافعي وقضيته ذلك ان لا يجب على من يصلح للقضا طلب القضا
ببلد اخرى لا يصلح فيها ولا قبوله اذا ولي واحد يجوز ان يفرق بينه
وبين القيام بساير فروض الكفايات المحوجة الى السفر كالجهاد وتعلم
العلم ونحوهما فانه يمكن القيام بتلك الامور والعود الى الوطن وعمل
القضا لا غاية له فالانتقال اليه هجرة وترك الوطن بالكلية بعيد
قلت وفي هذا نظر لان ابن الصباغ وغيره قالوا اذا كان الامام في
بلد واحتاج في بلد اخر الى قاض فانه يلزمه ان يبعث اليهم قاضيا

لانهم لا غنا بهم عنه ولا يكلفون المصير في خصامهم الى بلد الامام
وقد بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عليا الى اليمن قاضيا واذا كان بعث
القاضي على الامام متعينا فلا بد من مبعوث يجب عليه المضي وحينئذ
فيعود الكلام الى تعينه لكونه لا صالح له غيره او لكونه عرض هايه
لصلاحيته جعل له وايضا فان الامام لو ولى البلد لواحد من غير مانع
وجود صالح عنها صح وهذا المنع حقيقة التعيين لو كان التصوير ها هنا
عما ذكرناه **قال** ويجوز ان يكون في البلد قاضيان واكثر ينظر كل واحد منهم في
موضع لان نيابة القاضي عن الامام محاسب على حسب الاستنابة كالوكالة
ولا فرق بين ان يكون ذلك في غير بلد الامام او بلده كما صرح الماوردي به
بعد ذلك واذا جاز ذلك في البلد الواحد فمن البلاد اولى ان يجعل لكل بلد قاضيا
وهذا بخلاف الامامة حيث لا يجوز ان يكون في كل ناحية امام مع القدرة
على شمول نظره الناحيتين اتفاقا لان القصد بها جمع الكلمة ولا يحصل مع
الافتراق قال الماوردي واذا ولي في البلد قاضيان كما اذا ولي في جانب
مصر من البصرة واحدا وفي جانب ربيعة منها اخر نظر كل واحد في جانبه
بين اهله دون الطارئين ولا يتعداهم وفيه نظر ان صحت النسخة هذا اذا قال
فلو تحاكم من الجانبين رجلان ودعى كل واحد منهما الى قاضي جانبه نظر فان
كانا عند التنازع قد اجتمعا في احد الجانبين اجيب قول من هو في جانبه
طالبا كان او مطلوبا وان كان كل واحد منهما في جانبه فليس لواحد منهما
ان يجبر الاخر على المحاكمة الى قاضيه **فرع** لو كان بين الجانبين موضع
مشترك بينهما ودعي الاغلب عليه الى اضافته الى احدهما وجعل في اطلاقه
فان استوى الامران دخل في ولاية قاضي كل جانب ما كان اقرب اليه من
غيره وقد احترز الشيخ بقوله ينظر كل واحد منهما في موضع عما اذا ولي
قاضيان في بلد لينظر كل واحد منهما فيه بين جميع اهله اما بشرط عدم

اليه في

الاستقلال

الاستقلال دون مراجعة صاحبه او على الاستقلال والاصحاب
متفقون على عدم الصحة عند اشتراط اجتماعهما على القضاء لان
اختلاف الاجتهاد غالب والتقليد ممتنع فيؤدي الى بقاء الخصومات
واستمرار المنازعات واختلفوا في الصحة عند اثبات الاستقلال لكل
واحد على وجهين واصحهما عند الامام في الغياثي المنع وعلى ذلك ينطبق قول
من حكى ان الاصحاب صححوه واختاره في المرشد لافضاء ذلك الى التشاجر والتنازع
عند الترافع لعدم مزية احدهما على الاخر ويخالف ما اذا كان الامام في
بلد وولى قاضيا فيه او استخلف القاضي نائبا فان المنازعة مرتفعة
لترجيح داعي الاصل كما اشار اليه الامام في النهاية وسياتي حكاية مثله
عن الماوردي عند الكلام في الاستخلاف والثاني وهو ما ادعى الماوردي
انه قول الاكثرين وصححه الرافعي وابن ابي الدم وقال في البحر ان الشافعي نص
عليه الجواز لانها استنابة كالوكالة وعلى الوجهين وعلى احدهما اذا
قلنا بالمنع قال الرافعي والماوردي وغيرهما ولو جمع بينهما في التقليد
بطلت ولايتهما والاشبه صحت ولاية الاول وبطلت ولاية الثاني بل
والاشبه بنا ذلك على ان الامام اذا عزل القاضي من غير سبب هل ينعزل
وفيه كلام سنذكره عند قول الشيخ فان مات القاضي الكاتب فان قلنا
بانه لا ينعزل والاشبه كما قالوه لانه يشبه في هذه الحالة بالامام وان قلنا
انه ينعزل وهو ما اورده الماوردي وغيره كما سنذكره فيتعين ان تكون
ولاية القاضي الثاني صحيحة متضمنة لعزل الاول ويشهد لذلك امران
احدهما ما حكاه الماوردي من ان الامام اذا ولى شخصا اقليما لتحجر عليه
النظر في جميع نواحيه فان له ان يقلد فيه من ينظر فيه وكذلك الامام
اذا ولى فيه شخصا انعزل الاول عن تلك البقعة والثاني ان البائع اذا
باع المبيع في زمن الخيار من اخر صح بيعه للثاني وكان ذلك فسخا للعقد

الاول على الصحيح كما ذكرناه في موضعه لان العقد بل لا يمكن اجتماعهما
في الصورتين بل العزل هنا اولى من الفسخ ثم لان الشيوع الاصل فيهما
اللزوم فالقدرة فيهما على الفسخ على خلاف الاصل والقضا على
الوجه الذي عليه الشرع عقد جائز كالوكالة فتطرق الرفع اليه من
مقتضاه ومما يؤيد صحة البنا الذي ذكرته ان الرافعي حكى عدم الكلام في
العزل عن بعض الشروح ذكر وجهين في ان توليه قاض بعد قاض هل
يكون عزلا للاول ام لا ثم قال ويمكن بناهما [مبنيين] على انه هل يجوز ان يكون
في البلد قاضيان وهذا عين المدعي الثاني من الفرعين اذا قلنا بالجواز
فاذا اتفق ذلك قال الماوردي عند الكلام في العزل ان اقترن تقليد
الثاني بشواهد عزل الاول انعزل بتوليه الثاني والا فانا نستديم في
النظر وفي هذه الحالة اذا استحضر رجلان شخصا كل منهما الى قاض
اجاب من سبق داعيه فان جاءا معا اقرع بينهما قاله القاضي الحسين والامام
وغيرهما وقد نسب هذا للشيخ ابي علي في بعض الكتب ان في الذخاير انهما اذا
جاءا معا قدم بالقرب فان استويا في القرب فالقرعة ولم اره لغيره ولو
اختلف الخصمان في التجاذب الى كل واحد من القاضيين اطلق الغزالي
بحكم القرعة وفي الحاوي انه يغلب جانب الطالب فلو كان كل منهما
طالبا ومطلوبا رجح جانب الاقرب من القاضيين فان استويا في القرب
فوجهان احدهما وهو الاظهر في الرافعي القرعة والثاني يقطع التنازع
بينهما حتى يتفقا على الرضا باحدهما صح اذا اطلق الامام نصب اثنين
ولم يشرط عليهما الاجتماع ولا صرح بالاستقلال فعن صاحب التهذيب
انه يحمل على اثبات الاستقلال تنزيلا للمطلق على ما يجوز وعن غيره ان
التولية فاسدة ما لم يصرح بالاستقلال واعلم انه كما يجوز نصب
قاضيين في بلد كل في جانب يجوز نصبهما فيه على ان يحكم كل منهما في ابواب

معينه

معينة من كل الشيوع او من الشيوع واحد وسقى الولاية في الحالة
الاولى مستمر على الخلو المشروط ويسقط بعض الملك المعينة في
الثانية ولو اطلق الولاية حملت على الشيوع الاول لا غير ولا يجوز
لواحد منهما ان يحكم في غير نوبته وعن القاضي ابن كج حكاية وجه فيما
اذا قال قلدتك القضا سنة ان التولية تبطل كما في الامامة
والظاهر الاول تشبيها بالوكالة ولو كان في الامامة لما جاز
تخصيصه ببعض الامور وقد قال الاصحاب لو فوض الى احدهما الحكم
بين من يرد داره او مسجده من الخصوم وللآخر مثل ذلك او فوض
لاحدهما الحكم بالاقرار دون البينة وللآخر عكسه او فوض لاحدهما
الحكم بين الرجال وللآخر الحكم بين النساء او لاحدهما الحكم بين العرب وللآخر
الحكم بين العجم جاز وفي هذه الحالة الاحسن لو كان في الحكم المطلوب فيه
اخو القاضيين بالنظر في احكامهم وجهان مبنيان على الخلاف في موالي
ذوي القربى هل يحرم عليهم من الصدقات ما يحرم على ذوي القربى ام لا واذا
وقع التنازع بين رجل وامراة في الصورة السابقة على الاخيرة او بين عربي
وعجمي في الصورة الاخيرة فقد اطلق القاضي الحسين والامام في كتاب
القضاء ان واحدا من القاضيين لا يفصل بينهما الخصومة وقال في الحاوي
ان لهما حالتين احدهما ان يتفقا على التحاكم الى قاضي احدهما فان كان ذلك
قاضي المطلوب نفذ حكمه بينهما لانه مندوب الى استيفا الحقوق ممن
هو في نظره وان كان قاضي الطالب ففي نفوذ حكمه وجهان تخرجا من قولي
التحكيم والحالة الثانية ان يتجاذبا التنازع ويدعو كل منهما الى قاضيه
معينه وجهان لعلهما يوقف تنازعهما حتى يتفقا على احد القاضيين
ويكون الحاكم [illegible] والثاني يجتمع القاضيان على سماع الدعوى فان
امتنعا اثما واجبرا عليه وينفرد بالحكم قاضي المطلوب كما اقتضى الحكم

انه ؟

قاضيه

[illegible]

سماع البينة فقاضي الحالف ليكون الحكم في الاحوال كلها نافذا امر قاضي
المطلوب دون الطالب **قال** ولا يصح القضاء اي وان تعين على شخص
لتفرده في عصره بشروطه الا بتولية الامام او من فوض اليه الامام
اي التولية اما بالتصريح او الدخول فيها في عموم ولايته كما سنذكره ووجهه
انه ولاية لحق المسلمين وهو من الامور العظام فاحتيج فيه الى نظر الامام
ولان الولاية عقد والعقد يفتقر الى عاقد فاختص به الامام ونائبه لانه
الناظر للمسلمين وهذا الخلاف من يجعل عليه الامامة فان من فقهاء
العراق والمتكلمين من قال بحصول الامامة له بالتعيين من غير عقد
وفرقوا بان القضاء نيابة خاصة يجوز عزل القاضي عنها بعد التولية مع
بقائه على صفته بخلاف الامامة قال الماوردي وقد شذ بعض اهل المذهب
فسوى بين الامامة والقضاء في انعقادهما عند التعين من غير عاقد
والجمع بينهما في الصحة افسد وفي البطلان اصح قلت والقائل بالتسوية يجوز
ان يكون هو القائل بعدم انعزال القاضي بالعزل مع بقائه على صفة
القضاء كما سنذكره فلا يبقى الفارق عنده ثم لا فرق عند الرافعي الغزوي فيمن
فوض اليه تولية القضاء بين ان يكون اهلا للقضاء او لا لانه سفير وفي
الحاوي والبحر انه لو رد الى امراة تقليد قاض لم يجز لانه لا يجوز ان يكون
واليه فلا تكون موليه وهذا يقتضي ان يكون المولي بصفة من يصلح للقضاء وقد
اتفقوا على انه لو رد الى المراة اختيار قاض جاز لان الاختيار اجتهاد فجاز
لها كالفتوى واذا علمت انحصار تولية القضاء فيمن ذكرناه علمت ان تولية
القضاء فرض على الامام عينا في كل ناحية او بلد عرف انها خالية عن القاضي
اما بان يبعث اليهم قاضيا من عنده او يختار منهم من يصلح لذلك قال الماوردي
ولا يجوز ان يتوقف حتى يسال لان فيه احياء الحقوق المشروعة فان لم يعرف حال من
يوليه علما وعدالة فقد او لا احضر اهل العلم واختار منهم واحدا بعد معرفة
علمه بالاختبار وعدالته بسؤال جيرانه والخبراء وقال انه يكفي في معرفته

صلاحيته

صلاحيته الاستفاضة وهذا شهادة شاهدين حتى تكامل شروط القضاء
فيه ويكتفي المولي بالتجسس باخباره صحة معرفته وهل يكون اخباره
بلفظ الشهادة واخبار او استفاضة وجهان ولو ولاه قبل المعرفة بحاله
لم ينعقد وان ظهرت بعد ذلك اهليته قاله الرافعي وغيره قال الماوردي
وقد يكون التولية في غيره فرض كفاية وهو ما اذا ولى الامام شخصا
على قضاء اقليم وكان يعجز عن النظر في جميع النواحي فانه تجب عليه عينا
تقليد القضاء فيما يعجز عن مباشرة النظر فيه اذا كان بعيدا عن نظر
الامام وان كان قريبا منه كان فرض التقليد مشتركا بينه وبين الامام
ويتعين عليهما دون غيرهما فايهما انفرد بالتقليد سقط فرضه عنهما
ولكن الامام اذا ولى كان عزلا للقاضي عن ذلك المحل الا ان يصرح في
التقليد باستنابته عنه وفي هذه الحالة هل يجوز للقاضي عزله فيه وجهان
وهذا كله اذا كان للامة امام فلو خلا الزمان عنه وعن سلطان ذي نجدة
واستقلال وهداية ودراية فقد اطلق الامام في الغياثي القول بان الامور
موكولة الى العلماء واجمع على الخلق على اختلاف طبقاتهم ان يرجعوا الى
علمائهم ويصدروا في جميع قضايا الولايات عن رايهم فان فعلوا ذلك صار
العلماء ولاة العباد فان عسر جمعهم على واحد استقل اهل كل صقع وناحية
باتباع علمائهم وان كثر العلماء في الناحية فالمتبع اعلمهم وان فرض
استواؤهم على ندور فان اتفقوا على تقديم واحد فذاك وان تنازعوا وافضى
الامر الى خصام وتشاجر فالوجه عندي الاقراع فمن خرجت له القرعة قدم
وفي الحاوي انه ان خلا بلد عن قاض [illegible] لم يجز لاهله ان يتحاكموا الى حاكم
باقرب البلاد اليهم وخلا العصر عن امام وكان لا يرجى تولية امام بعد
زمان قريب قلد جميع اهل الاختيار منهم او بعضهم وقد ظهر رضا
الباقين بالسكوت وعدم الاختلاف شخصا وامضوا نصرته وتقوية يده

كان يقلده جاز اجتمع لاشتغالهم على الحقوق ولو اشتغل بشيء من ذلك لم يجز
حتى لو قلد بعض اهل الاختيار وانكر البعض لم يصح وان كان لا يعتبر مثل
ذلك في عقد الامامة والفرق ان ولاية الامام عامة في جميع البلاد
التي لا يمكن اجتماع اهلها على الاختيار فسقط اعتبار الاجتماع
لتعذره وولاية القضا على بلد واحد يمكن اجتماع اهل الاختيار
عليه فلزم اعتبار اجتماعهم لاحكامه اللهم الا ان يكون للبلد جانبان
فرضيه احد الجانبين دون الاخر فانه يصح ولايته في الجانب الذي رضي اهله
قضاه ويكونا كالبلدين اذا صحت ولايته نفذت احكامه طوعا وكرها فلو
تجدد امام لم ينعزل به حكما ولم يعزله ولم يجز للقاضي ان يستانف النظر الا بعد
اذن الامام بخلاف ما لو كان المولى له امام بعد تولى غيره فانه لا يلزمه استيذانه
قال والفرق وجود الضرورة في تقليد اهل الاختيار وعدمها في تقليد
الامام وهذا منه بناء على ان القاضي لا ينعزل بموت الامام كما هو الصحيح
وسنذكره في كلامه فافهمه قال ولو اذن له الامام جاز نظره وقام مقام التقليد
وان لم يجز الاقتصار على الاذن في الولايات المستجدة لما تقدم من لهذا القاضي
من شروط التقليد فكان اخف اعلم ان كلام الشيخ في هذا الفصل يتعلق بامور
لا بد من ذكرها الامر الاول صفة العقد وهي بالقول مع الحضور
وبالمكاتبة مع الغيبة للضرورة قال في الحاوي والجواز ان يقتصر على
المكاتبة مع الحضور وقال في الاحكام ان تولية القضا تنعقد بما
تنعقد به الوكالة قال الرافعي وحكي في المكاتبة والمراسلة خلاف جرى
في الوكالة ثم صريح ما ينعقد به من جهة المولى اربعة الفاظ قلدتك
القضا وليتك القضا استخلفتك على القضاء استنبتك على القضاء
كذا قاله في الحاوي والحق الرافعي بذلك التفويض بصيغة الامر فقوله
اقض بين الناس او احكم بينهم كذا حكاه في الوكالة والكنايات في ذلك

اعلى (?)

اربعة ايضا

اربعة ايضا قد اعتمدت عليك في القضا وعولت عليك في القضا عهدت
اليك في القضا ووكلت اليك القضا فان اقترن باحدها ما ينفي
الاحتمال كقوله فاحكم او فانظر انعقد كما في الصريح والا فلا وقد
اختلف في اربعة الفاظ هل هي صريحة او كناية على وجهين وهي عرضت عليك
القضا ورددت اليك القضا وجعلت اليك القضا واسندت اليك القضا
واصح الوجهين انها كناية وقد عد في الاحكام من جملة الكنايات كما
قال الرافعي ولم اره وذلك فوضت اليك القضا ثم قال الرافعي وايجاد يتضح
فرق بين ان يقول وليتك القضا وبين ان يقول فوضت اليك ولا بد من قبول
المولى بالقول ان كان حاضرا على الفور فيقول قبلت او تقلدت وان كان
غائبا جاز ان يكون قبوله على التراخي فان شرع في النظر قبل القبول فهل
يكون شروعه فيه قبولا منه وجهان قال الرافعي وهل سبق في الوكالة خلاف
في انه هل يشترط القبول وذكرنا انه ان كان شرطا فالاظهر انه لا يعتبر
الفور وليكن هنا كذلك وقد اعتبر الماوردي في صحة القبول شرطين احدهما
ان يعلم استحقاق المولى لما استنابه فيه فان لم يعلم ذلك لم يصح
قبوله وفي الرافعي ان في بعض الشروح ان القاضي العادل اذا استقضاه
امير باغ اجابه اليه لان عائشة سئلت عن ذلك لما استقضى زياد
فقالت ان لم يقض لهم خيارهم قضى لهم شرارهم وحكى الماوردي في
الاحكام فيه مذهبين حيث قال وقد اختلف في جواز الولاية من قبل
الظالم فذهب قوم الى جوازها لان يوسف صلى الله عليه وسلم تولى من قبل
فرعون ليكون بعدله دافعا لجوره وذهبت طائفة اخرى الى حظرها
والمنع من التعرض لها لما فيه من معونة الظالمين وتزكيتهم بالتقليد
واجاب هؤلاء عن تولية يوسف من قبل فرعون بجوابين احدهما ان فرعون يوسف
كان صالحا وانما الطاغي فرعون موسى والثاني انه نظر له في املاكه دون

اعماله والشرط الثاني ان يعلم المولى من نفسه انه استجمع الشرائط
المعتبرة في القضا فان علم انه لم يستجمعها لم يصح قبوله وكان بقبوله مجروحا
الامر الثاني المحل الذي قلد قضاوه ولابد من تعيينه كقوله قلدتك
قضا البصرة فلو قال قلدتك قضا البصرة او الكوفة او قضا اي بلد شئت
او اي بلد صلح اهله كان التقليد فاسدا لجهل محل العمل واذا قلد قضا
بلد وامسك عن ذكر نواحيها واعمالها فيعتبر في اعمالها العرف فان كان
جاريا بافرادها عنه لم تدخل في ولايته كما لو صرح بعدم دخولها وان كان
العرف جاريا باضافتها اليه دخلت في ولايته كما لو صرح به وان اختلف
العرف في افرادها واضافتها روعي اكثرهما عرفا فان استويا روعي اقربهما
عهدا قاله الماوردي الامر الثالث تعيين المولى بعد معرفة حاله كما ذكرنا
فلو قال وليت احد هذين او من يرغب في القضا ببلد كذا من علما بها لم
يجز وعن القاضي ابن كج حكاية وجهين فيما لو قال لاهل بلد اختاروا
رجلا منكم وقلدوه القضا وان اشبههما الجواز ولو قال فوضت
الى فلان وان عهد لنصب قاضيين قال وان تحاكم رجلان الى رجل يصلح
للقضا فحكماه ففيما فيه قولان احدهما انه لا يلزم ذلك الحكم الا ان
تراضيا به بعد الحكم هذا الفصل يشتمل على احدهما مطرق التقسيم
وهو جواز التحكيم في الاموال جزما والثاني بالتصريح وهو بيان وقت
لزوم الحكم فاما الاول فوجهه ان عمر وابي بن كعب تحاكما الى زيد بن
ثابت في نخل وعثمان وطلحة تحاكما الى جبير بن مطعم ولم ينكره احد فكان
اجماعا وهذا ما حكاه الماوردي عند الكلام في هذه المسألة والعراقيون
حتى قال البندنيجي في كتاب اللعان ان المذهب لم يختلف في ذلك وسوا
كان في البلد حاكم او لم يكن كما صرح به البندنيجي وابن الصباغ وغيرهم
وحكى المراوزة والدارمي عن الشافعي في صحة التحكيم قولين وقد اشار

اليهما

اليهما الماوردي عند الكلام في تحاكم عربي وعجمي وقد نصب للعرب
قاض وللعجم قاض كما حكيناه ثم قال الرافعي ورأى الامام والغزالي
تضعيف الجواز ووجهوا منعه بان في التحكيم عزلا للحاكم وافتياتا
على الامام واجاب القايل به عن فعل عمر وعثمان بانهما كانا امامين
فاذا ردا الى من يحكم بينهما ورضيا به صار ذلك حاكما وعلى هذا ينبغي
محل القولين طرق احدها اذا لم يكن في البلد قاض فان كان فلا تحكيم قولا
واحدا والثاني اذا كان في البلد قاض فان لم يكن جاز قولا واحدا والثالث
وهو الظاهر ما في الرافعي اجراوهما في الحالين مع الصحيح في الحاوي وعليه الجمهور
كما جزم به العراقيون وقال الامام في الغياثي انه متجه في القياس ومن قال
به قال انما ذكر من الاعتذار عن تحكيم عمر وعثمان لا يصح لانه لم ينقل عنهما
اكثر من الرضا بحكمه حاله وذلك لا يصير به حاكما هكذا قاله ابن الصباغ
وغيره وايضا فان عثمان وعليا حكما عبد الرحمن بن عوف في الامامة
بعد انحصارها فيهما كما ذكرناه في باب ادب السلطان تحكيم لعثمان وانعقدت
بذلك امامته واذا جاز ذلك في الامامة ففي الاموال اولى وقد روي ان وفدا
قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيهم رجل يكنى ابا الحكم فقال لم كنيت ابا الحكم
فقال لان قومي يحكموني بينهم فاحكم فلم يرد عليه ولا نهاه واما الثاني وهو
وقت لزوم الحكم ففيه قولان احدهما انه لا يلزم ذلك الا ان تراضيا به بعد
الحكم لانه لما وقف على اختيارهما في الابتدا وجب ان يقف على اختيارهما
في الانتها وهذا ما اختاره المزني والثاني انه يلزم بنفس الحكم لما روي
انه عليه الصلاة والسلام قال من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما
فعليه لعنة الله فكان لو عدل لزم حكمه كما قال في ان يعادون
حكمهما فانه اثم فلما دل الوعيد على لزوم الحكم بشهادته ولان من جاز
حكمه لزم حكمه كالمولى من جهة الامام وهذا ما قاله البغداديون واكثر

تا

لزوم ا

اصحابنا كما حكاه الماوردي هنا وعن البصريين وحكى في كتاب اللعان
انه اشبه وصححه في الكافي والمرشد والنواوي وما قاله الاول فقد ابطل
بتصرف الوكيل والشريك فانه لا يلزم وان كان ثبوته بالرضا والقولان منصوصان
في احد ان العراقيين وقد حكاهما الامام وحكيين عن رواية العراقيين فان
رجع فيه احدهما قبل ان يحكم اي وبعد الشروع فيه وقلنا لا يلزم الحكم
بنفسه كما قاله السنجي وابن الصباغ وغيرهما فقد قيل يجوز لان الحكم انما
يلزم على هذا اذا وجد الرضا حالة الحكم ولم يوجد فاشبه ما لو رجع قبل
الشروع فيه وقيل لا يجوز لان اشتراط اختيارهما بعد الشروع يفضي الى
ان لا يلزم بالتحكيم حكم فان احدهما لا يعجز اذا راى توجه الحق عليه ان يرجع
فيصير التحكيم لغوا وقد استحسن الامام هذا واختاره في المرشد الى
والوجهان في الشامل منسوبان الى تخريج الاصطخري وفي الحاوي نسبة المنع
روايته وفي تعليق السنجي انه قال فيه وجهان قال وان كان حكما اليه في النكاح
اي في اثباته واثبات احكامه واللعان اي لبلاء عن نفسها كما قاله الماوردي
في اللعان بسبب الحد كما قاله المتولي بعد والقصاص وحد القذف اي
بسبب اثباته فقد قيل يجوز لان من صح حكمه في الاموال صح حكمه في جميع الاحكام
كالمولى من جهة الامام وهذا حكاه ابن الصباغ وابو الطيب عن الاكثرين وهو
الاصح عند النواوي وصاحب المرشد وبه جزم في الكافي وقال السنجي انه
اقيس قال البغوي وهو جار في كل ما يجوز للحاكم ان يحكم فيه وعلى هذا
يظهر انه لا فرق عند العراقيين بين ان يكون في البلد حاكم او لا وان في
وقت لزوم الحكم القولان كما اقتضاه كلام ابن الصباغ وقيل لا يجوز
لان هذه الاحكام غلظ فيها الشرع فاحتيط لها وهذا الوجه جريانه
في الحدود من طريق الاولى وقد ادعى البغوي انه المذهب فيها ولم يحك
في الكافي سواه والقائل بمنع التحكيم فيما ذكرناه يجوزه فيما عداها كما

قاله ابن سداد

قاله ابن سداد في الاحكام وبحلي وعليه ينطبق قول الرافعي انه يجوز
التحكيم في سائر الحكومات الا في النكاح واللعان والحدود وفي البحر
ان منهم من قال لا يجوز الا في الاموال لان حكم المال اخف من حكم غيره
وفي الحاوي في كتاب اللعان ان ابا القسم الداركي كان يقول يجوز التحكيم
في اللعان عند عدم الحاكم ولا يجوز مع وجوده اعتبارا بالضرورة
وان الخلاف فيه مبني على ان حكم الحاكم يلزم من غير رضا بعد الحكم
ام لا بد من الرضا فعلى الاول يجوز وعلى الثاني لا لان حكم اللعان
لا يقع الا لازما وان بقي على التراضي لا يصح فيه العفو والابراء
كالحدود وفي طريقة المراوزة نزيد الخلاف في النكاح على الخلاف
في الاموال وهو اولى بالمنع التحكيم ونزيد الخلاف في العقوبات على الخلاف
في النكاح وهو اولى بالمنع ايضا وهو عندهم فيما عدا الاموال وجهان ولو
كان الرافعي في النكاح لا لاجل العقد كما قال اذا احضرت اليه امراة لا ولي لها
وخاطبها راضيا بان يعقد لهما من الحاوي انهما ان كانا في دار الحرب او
في بادية لا يصلان الى حاكم جاز تحكيمهما وتزويج المحكم لهما وان كانا في دار
الاسلام وحيث يقدران على الحاكم كان في جوازه وجهان على ما ذكرنا
من انا ان لم يجوز التحكيم في غير الاموال او فيها مع وجود الحاكم لم يجز
والاجاز عقد عقد الولي وهذا ما حكى عن القاضي الروياني انه صححه
وانه اختيار الاستاذ ابي اسحق الاسفرايني واي ظاهر الزيادي قال
الرافعي وليكن الخلاف في اشتراط فقد الحاكم مبنيا على الطريقة الفا
رقة بين ان يكون في البلد حاكم ام لا واذا جوزنا التزويج بالتحكيم وكانت
المراة بكرا فقال لها المحكم حكمتيني لا زوجك من هذا فسكتت قال
العراقي في فتاويه كان سكوتها اذنا كما لو استاذنها الولي فسكتت حكاه
الرافعي قبيل الباب الثاني في دعوة النسب وقد ذكره في كتاب النكاح هذا

الفرع وذكرت فيه شيئا لم اذكره هنا خشية التكرار ولو كان الترافع
اللعان بسبب نفي الولد ففي التتمة انه لا يجوز الا ان يكون الولد كبيرا لان
له حقا اما اذا لم يكن المتحاكم اليه يصلح للقضاء لم ينفذ حكمه اتفاقا وكذا لو
لم يتفقا على الرضا بالترافع اليه وعن ابي الفرج السرخسي ان ذلك مفروض فيما اذا
لم يكن احد الخصمين القاضي بنفسه فان كان وهو الراضي فهل يشترط رضا الاخر
فيه اختلاف نص والظاهر انه لا يشترط قال الرافعي ولكن هذا مبني على
جواز الاستخلاف ان جاز فالمرجع اليه لانه نائب القاضي … وقد …
ابن الصلاح وغيره ان التحاكم الى الشخص لا يكون توليه له فلا يحسن ان يكون
هذا مبنيا على ذلك وقد قال الماوردي في كتاب الشهادات اذا تحاكم
الامام وخصمه الى واحد من رعيته جاز ثم ينظر فان قلده خصوص هذا
النظر صار قاضيا خاصا قبل الترافع اليه ولم يعتبر فيه رضا المحكم وان لم
يقلده النظر قبل الترافع اعتبر فيه رضا الخصم **فروع** اذا ثبت عند المحكم
الحق وحكم به فله ان يشهد به للعامل في المجلس الذي حكم بينهما فيه قبل
التفرق خاصة لان قوله بعد الافتراق لا يقبل كما لا يقبل قول الحاكم بعد العزل
قاله الماوردي واذا رفع حكمه الى القاضي لم ينقضه الا حيث ينقض حكم
القاضي المولى من جهة الامام صرح به الماوردي وابن الصلاح والبغوي وغيرهم
ولا يجوز له ان يحبس في الدين على المذهب كما لا يجوز له استيفاء العقوبات
وقيل الحبس والفرق ان استيفاء العقوبات يخرم ابهة الولاية وفي الجيلي ان
الزاني وشارب الخمر اذا جاء الى رجل فقال احدهما … حق الله فاذا جلده
على الزنا او الشرب او رجمه فهل يقع الحد موقعه فيه قولان وصورة الامام
… في القصاص اذا قلنا بجواز التحكيم فيه بان يحكم مستحق القصاص ومطلب
القصاص حتى له ان يثبته بالبينة ويستوفي في النفس والطرف وكذا في
حد القذف واذا انعقد الحكم ثالث لم ينفذ حكم المحكم عليه بدون رضاه على

الاصح

فيه وجه

وفي الاصل الحكيم

على الاصح عند الامام وغيره ومثاله اذا تحاكم اليه اثنان في قتل الخطا
وقامت البينة على المدعى عليه به ولا يلزم العاقلة الدية دونه وجه ان
رضا القاتل كاف لانهم تبع له هذا قاله الغزالي وقال انه بعيد لان
اقرار القاتل لا يلزمهم فكيف يلزمهم رضاه وفي قوله لانهم تبع له اشارة
الى ان هذا الوجه مبني على قولنا ان الدية تجب على القاتل ابتداء ثم تتحمل
وقد صرح به الماوردي وغيره حيث قالوا ان الاول مبني على ان الدية تجب على
العاقلة ابتداء والثاني مبني على انها تجب على القاتل ثم تتحمل وقضية هذا
البناء ان يكون الصحيح هنا عند الشافعي الالزام لان قولنا البناء الصحيح
عند اصحابنا تجب على القاتل ثم تتحمل وعن ابي الفرج السرخسي ان الوجهين
مخصوصان بقولنا ان الدية تجب على الجاني ثم تتحمل اما اذا قلنا تجب على العاقلة
ابتداء فلا وجه الا في انها لا تضرب عليهم عند عدم الرضا قال الرافعي وهو حسن
واذا تحاكم اليه بالتحكيم من لا يقبل شهادته له صح … الاصح
نقل السنجي عن ابي الفرج السرخسي ان في جواز هذا التحكيم وجهين وفي الحاوي اثبات
حكم على البينة وانه ينفذ ان حكم على الاصح وفي نفوذه وجهان وجه المنع
القياس على ما لو كان من جهة الامام ووجه الجواز ان رايه التحكيم منعقد
باختيارهما فصار المحكوم عليه راضيا بحكمه قلت ولو بني الخلاف على ان
الحكم يفتقر لزومه الى الرضا بعده ام لا لم يبعد وهذا الحكم لو تحاكم اليه عدوه
وغيره ممن يحكم له او عليه صرح به الماوردي وحكى وجها انه ينفذ حكم المولى
من جهة الامام على عدوه ايضا وينفذه **قال** وينبغي ان يكون القاضي ذكرا … قال
الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض يعني في العقل والراي
فلم يجز ان يقمن على الرجال وفي الخبر انه روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
لا تكون المراة حكما تقضي بين العامة ولان القاضي يحتاج الى مخالطة الرجال
والمراة مأمورة بالتخدر ولذلك … بالرجال …
الفاسق والخنثى المشكل فيما … فيه كالمراة قال الماوردي ولو بان انه

قولنا في

انه رجل لم يصح تقليده يعني انه لو بان بعد التقليد رجلا لم يستقل
ولايته كما صرح به في البحر وقال انه المذهب ثم قال وقيل فيه وجهان
اما اذا بان بعد توليته قبل التولية صح تقليده جزما قاله في البحر
قال حرا لان العبد ناقص عن ولاية نفسه فعن ولاية غيره اولى وبالقياس
على الشهادة ومن لم تكمل فيه الحرية فكامل الرق وهذا المعنى قال بالغا
لان غير البالغ لا يجري عليه القلم ولا يتعلق بقوله على نفسه حكم فعلى
غيره اولى قال الماوردي ويجمع هذا الوصف ووصف الذكورة قولنا رجلا
قال عاقلا للاجماع وللمعنى الذي ذكرناه في الصبي قال الماوردي في الاحكام
والحاوي وليس يكتفى فيه بالعقل الذي يتعلق به التكليف من علمه بالمدركات
الضرورية حتى يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيدا من السهو والغفلة
حتى يتوصل بذكائه الى وضوح ما اشكل وفصل ما اعضل وعلى ذلك حكم
الامام حيث قال والذي اراه ان يضم الى ما ذكرناه الكفاية اللائقة بالقضاء
وهي عبارة عن التشمير والاستقلال بالامر وموافاة النفس على الحذر
مما اليه وهذا يضاهي من صفات الامام النجدة وتبعه الغزالي فقال
بعد ذكر الاوصاف المعتبرة وينبغي ان يكون يعتبر مع هذه الخصال
الكفاية اللائقة بالقضا فمجرد العلم لا يكفي في هذه الامور ولم يفسر
معنى الكفاية فاعترض عليه مجلي وقال ان عنى بالكفاية استقلاله
بالاحكام فقد ذكره في الصفة وان عنى كونه ذا اعمال عد الاشتراط وفاقا
بل يجوز ان يكون فقيرا فالا ان يسدد او يمكن ان يعال عنه ما قاله صاحب
الشامل وهو ان يكون متلبسا ذا فطنة وتيقظة لا يؤتى من غفلة ولا
يخدع لغرة لكن المستحل قوله لا يدخل وقد ذكر الاصحاب ما قلناه
في فصل الاستحباب ولا فرق في الجنون المانع للولاية بين ان يكون
مطبقا او منقطعا او ممتدة او بقصر ويعقبها غفلة او دهشة
فلو قصرت كالساعة مثلا وكان يعود بعد زواله الى حالة الانتفاع

فمن جوز

فمن جوز توليته وجهان في الحاوي وجه الجواز احراز للمجرى فترات
النوم قال عدلا لان ضدها وهو الفسق لما منع الاب من النظر في مال
ولده اذا اتصف به مع قوة ولايته وعظم شفقته فلان يمنع القضا
والحكم المتضمنة حفظ اموال الايتام كان اولى ولا فرق في الفسق بين
ان يكون بامر لا شبهة له فيه او له فيه شبهة وفي الحاوي حكاية وجه
في صحة توليته من فسقه باعتقاد شبهة وتاويل وقد بين في الاحكام
المعتبر عنده هنا بالعدل فقال ان يكون صادق اللهجة ظاهر الامانة
عفيفا عن المحارم متوقيا للمآثم بعيدا من الريب مأمونا في الرضا
والغضب مستعملا لمروءة مثله في دينه ودنياه فان انخرم منها شي
منع الولاية كما يمنع قبول الشهادة قال عالما بالاحكام اي الشرعية
بطريق الاجتهاد لا بطريق التقليد لعموم [illegible] ولا تقف ما ليس لك به
علم والمقلد لو قيل بصحة توليته لكان اذا استفتي حكم وقف ما ليس له
به علم لانه لا يدري طريق ذلك الحكم ولقوله صلى الله عليه وسلم في حديث بريدة
السابق ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار والتقليد لا يخرجه عن ان يكون
يقضي على جهل لانه لا يعرف طريقه وان المقلد لا يجوز ان يكون مفتيا
فاولى ان لا يكون قاضيا ووجه الاولوية ان الفتوى اخبار لا الزام والحكم
والقضا اخبار يلزمه ثم شرائط الاجتهاد في الاحكام مذكورة في كتب
الاصول وهي على الاختصار العلم بالكتاب والسنة والاجماع والقياس
ولسان العرب والمعتبر علمه من الكتاب الايات التي يتعلق بها الاحكام
قال البندنيجي وهي خمسمائة اية وقد حكاه الماوردي عن بعضهم والحق
ولم يحك سواه فيعرف الناسخ منها والمنسوخ والعام والخاص والعام
الذي اريد به الخصوص والخاص الذي اريد به العموم ويحرز عليه والمطلق
والمقيد والمحكم والمتشابه والمجمل والمفصل قال الروياني ولا يشترط

[illegible]

حفظه للقرآن على ظهر القلب قال الرافعي ومن الأصحاب من نازع ظاهر
كلامه فيه والمعتبر علمه من السنة الأخبار التي تتعلق بها الأحكام وليعرف
ناسخها ومنسوخها وما خصص منها عام الكتاب او سنته وكذا ما ذكرناه
في آيات الكتاب ويعرف المتواتر فيها والآحاد والمرسل والمسند والمنقطع
والمتصل وحال الرواة وجرحهم وتعديلهم والمعتبر علمه من الإجماع
وأقاويل الناس ما اتفقوا عليه وما اختلفوا فيه على قولين او أكثر
حتى لا يقع في حكم أجمعت الأمة على خلافه او على قول ثالث إن كان
منقوضا كما في الحالة الأولى كذا حكاه ابو الطيب وغيره والمعتبر علمه من
القياس علم الجلي منه والواضح والخفي وهو قياس الشبه كذا قاله ابن الصباغ
والماوردي قال إنه غيره كما سنذكره وأصول القياس وفروعه وشروطه وما
يفسده والمعتبر علمه من كلام العرب صيغ الأمر والنهي والخبر والاستخبار
والوعد والوعيد والنداء وأقسام الأسماء والأفعال والحروف وما لا
بد منه في فهم معاني كلام الله تعالى وكلام رسوله محمد صلى الله عليه وسلم لأن ذلك جاء
بلغتهم روي أنه صلى الله عليه وسلم قال أحبوا العرب لثلاث لأني عربي والقرآن
عربي وكلام أهل الجنة عربي وكل ذلك محال على كتب الأصول قال بعضهم
وإذا تأملت ذلك علمت أن هذه الصفات قد عز وجودها في زماننا
هذا في شخص من العلماء بل وفيما تقدم عليه بكثير روي أن الشيخ أبا بكر القفال
المروزي إمام المراوزة وشيخهم قال المسؤول قسمان أحدهما من جمع شرائط
الاجتهاد فهو يقضي ويفتي باجتهاده وهذا لا يوجد والثاني من ينتحل
مذهب واحد من الأئمة إما الشافعي او ابو حنيفة او غيرهما وعرف مذهب
إمامه وصار حاذقا فيه بحيث لا يشذ عنه شيء من أصول مذهبه ومنصوصاته
فإذا سئل عن حادثة فإن عرف لصاحبه نصا أجاب عليه وإن لم يكن
المسألة منصوصة له أن يجتهد فيها على مذهبه ويخرجها على أصول

صاحبه

صاحبه ويفتي بما أدى إليه اجتهاده وهذا أيضا أعز من الكبريت الأحمر
فإذا كان هذا قول القفال في ذلك الزمن وفيه تلامذته المشهورون
بصحبته أصحاب الوجوه في المذهب كالقاضي الحسين والفوراني والشيخ أبي محمد
والد الإمام والصيدلاني والشيخ أبي علي السنجي المسمون بالمراوزة
لاشتغالهم عليه وبالخراسانيين لكونهم من خراسان وفيه أيضا
بلاد [illegible] الشيخ أبي حامد الاسفرايني بالعراق كالمحاملي والبندنيجي والماوردي
وأبي الطيب الطبري وغيرهم فما ظنك بهذا الزمن وقد عدم فيه
أصحاب الوجوه بل قد قيل إنه عدم ذلك من حين وفاة من ذكرناهم لكن في
تعليق القاضي أبي الطيب أن الشافعي لم يرد بذلك أن يكون في كل نوع منها
مبرزا حتى يكون في النحو مثل سيبويه وفي اللغة مثل الخليل وما أشبه
ذلك بل المعتبر من ذلك ما يوصله إلى معرفة الحكم وذلك ممكن وهذا ما
حكاه ابن الصباغ بمختصر أعذب الكلام في الاستشارة عن الأصحاب وقال
إن ذلك يسهل على متعلمه الآن فإنه قد جمع ودون وكلام الروياني
قريب منه ويعضده قول الغزالي في الأصول إنه لا حاجة إلى تتبع الأحاديث
على تفرقها وانتشارها ولكن ينبغي أن يكون له أصل مصحح وقد اعتنى
فيه بجمع أحاديث الأحكام كسنن أبي داود وقد سبقه بذلك البندنيجي قال
الغزالي ويكفي معرفة مواضع كل باب فيراجعه إذا احتاج إلى الفتوى في
ذلك الباب وأن كل حديث أجمعت السلف على قبوله او تواترت عدالة راويه
لا حاجة إلى البحث عن رواته وما عدا ذلك ينبغي أن يكتفي في رواته
بتعديل إمام مشهور عرف صحة مذهبه في التعديل لأن من درج في
الأحوال الماضية لا الخبر ولا المشاهد حاله وتواتر السيرة لا يكاد
يوجد إلا في جماعة معدودين وزاد في التخفيفات في حق المفتي
فقال إنه لا يحتاج إلى ضبط مواضع الإجماع والاختلاف بل يكون

يعرف من المسئلة التي يفتي فيها ان قوله لا يخالف الاجماع اما بان يعلم انه
موافق قول بعض السلف المتقدمين او يغلب على ظنه ان الواقعة متولدة
في ذلك العصر لم يخض فيها الاولون وعلى قياس هذا معرفة الناسخ
والمنسوخ وانه انما يشترط اجتماع هذه العلوم في المجتهد المطلق الذي
يفتي في جميع ابواب الشرع اما الذي ينتصب للاجتهاد في باب دون باب
كالناظر في مسئلة المشتركة فيكفيه معرفة اصول الفرائض ولا يضره ان لا يعرف
الاخبار الواردة في تحريم المسكر مثلا وعلى كل حال فاذا تعذرت شرائط
الاجتهاد على العموم او في مذهب امام في زماننا فلا بد من جزم القول
والقطع بصحة تولية من اتصف بصفة العلم في مذهب امام من الائمة اذا
كان عارفا بغالب مذهبه ومنصوصاته واقواله المخرجة واقاويل اصحابه
صحح الذهبي ما تقدم وبالغ في الوسيط فقال عند عدم المجتهد المطلق الوجه
القطع بتنفيذ قضاء من ولاه السلطان ذو الشوكة كيلا تتعطل
مصالح الخلق فانا ننفذ قضاء اهل البغي للحاجة فكيف نجوز تعطيل القضا
الان نعم يعصي السلطان بتفويضه الى الفاسق والجاهل ولكن بعد ان ولاه
فلا بد من تنفيذ احكامه للضرورة قال الرافعي وهذا حسن لكن في بعض
الشروح ان قاضي اهل البغي ان كان منهم نظر ان كان بغيهم لا يوجب
الفسق كبغي معاوية جاز انفاذ قضائه وان اوجب كبغي اهل النهروان
لم يجز وقال ابن شداد وابن ابي الدم ان ما قاله الغزالي لا يعلم احد نقله
قال ابن ابي الدم مع تفحص شرح المذهب والمصنفات فيه بل الذي
قطع به العراقيون والمراوزة ان الفاسق لا تنفذ احكامه وحينئذ اذا
نفذنا حكم قاضي البغاة فلا بد من ان يكون مع علمه عدلا امينا ولا في
خروجه مع البغاة ولا بد من تاويل حمل البغاة على بغيهم وهذا لا
خلاف فيه فكيف ننفذ احكام قاضي اهل العدل مع فسقه وعلمه

بفسقه

بفسقه الفسق الذي لا تاويل فيه وقد ذكرت في باب قتال اهل
البغي في ذلك ما يغني عن الاعادة وفي الكافي ان المتغلب على اقليم
لو نصب قاضيا غير عالم او غير عدل والناس غير قادرين على دفعه
هل تنفذ احكامه وقضاياه من تزويج الايامى والتصرف في اموال
اليتامى يحتمل وجهين احدهما لا وطريق المسلمين في مثل هذه
الحالة التحاكم الى من هو من اهل القضا في حوادثهم فان لم يجدوا
اهلا للقضا نفذت احكامه للضرورة قال وقيل يجوز ان يكون اميا
اي لا يكتب لان النبي صلى الله عليه وسلم كان اميا وهذا اصح عند الامام ومجلي
والنواوي وغيرهم وقال الامام عبد السلام في الكافي انه الذي عليه
الاكثرون وقيل لا يجوز لانه يحتاج الى عشرة وكتب اليه واذا قرئ عليه
شيء فربما حرف القاري عليه فالذين كانوا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم
فانهم كانوا ثقات ولو حرفوا لعلمه من جهة الوحي وايضا فان عدم
الكتابة في حقه عليه الصلاة والسلام معجزة وهي في حق غيره منقصة وهذا
ما اختاره في المرشد وقد قيل انه عليه الصلاة والسلام كان يعرف الكتابة
ولكن منع منها كيلا يتهمه الكفار والحجة هذا قاله الحليمي والصحيح
انه لم يكن يعرفها قال الرافعي في الباب الثاني في جوامع القضا في فرع
منه وقد قيل الوجهين في انه هل يجوز ان يكون القاضي اميا اذا كتبنا وهما
على الوجهين في انه هل يجب على القاضي كتابة المحضر والسجل وهذا قد
يشبه صاحب الاشراف الى القاضي وفي الوسيط ما يقرب من هذا
وقد اعتبر الاصحاب في صفات القاضي امورا اخر سكت عنها الشيخ وقد
ظن به لذلك عدم اشتراطها فمنها الاسلام ولا يصح تولية الكافر على
المسلمين لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واي
سبيل اعظم من القضا وكذا الاصح توليته على اهل دينه لان فسق

لا يصح توليته على العموم لا يصح على الخصوص كالصبي والمجنون طردًا
والمسلم عكسًا وقوله تعالى لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء
بعضهم أولياء بعض فالمراد به الموالاة لا الولاية قال الماوردي
وما تفعل في العرف تقليد زعامة ورياسة وليس بتقليد حكم وقضاء
وما يلزم من حكمه أهل دينه فلالتزامهم لا للزومه لحكمه ولا يقبل
الإمام قوله فيما حكم به ولو امتنع بعضهم من التحاكم إليه مع
بعض لم يجبروا وقد ذكرت في باب عقد الذمة شيئا يخالف ذلك فليطلب
منه وهذا الوصف قد يؤخذ من قول الشيخ وأن يكون عالما بالأحكام
لأنا قد ذكرنا أن المراد به المجتهد والكافر ليس من أهل الاجتهاد
لاعتقاده عدم الحجة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة وقد قال الماوردي
أن من لا يعتقد من المسلمين أن خبر الواحد حجة لا يصح توليته القضاء ومن
لم يعتقد أن الإجماع حجة وكذا من نفى القياس واتبع النص وأخذ
بأقاويل سلفهم فيما لم يرد فيه نص مع حكاية خلاف عن أصحابنا في صحة
تقليد أهل الظاهر فالكافر بالمنع أولى وقد جعل الرافعي الأظهر في
أهل الظاهر جواز التقليد وكلام الإمام يقتضي مقابله لأنه قال
في باب قطع اليد في السرقة وقد ذكرنا مرارا في مواضع من الأصول
والفروع أن أصحاب الظاهر ليسوا من علماء الشريعة وإنما هم نقلة
إن ظهرت الثقة ومنها السمع والبصر والنطق فلا يصح تقليد الأصم
الذي لا يسمع عالي الأصوات لأنه لا يفرق بين الإقرار والإنكار نعم
ثقيل السمع الذي يفهم عالي الأصوات ولا يفهم خافيها يجوز
ولايته قاله الماوردي والبغوي وغيرهما قال الجيلي وقد أشار الغزالي
إلى جوازه للأصم لأنه قال هل يشترط العدد في المسمع بأن يكون
القاضي أصم فيه وجهان قلت وهذا يدل على جوازه لكن الأصم الذي

يسمع

يسمع أصلا بل المراد به الذي يسمع عالي الأصوات لأن المسمع إنما
يكون لمن يسمع والأعمى لا يصح ولايته لأنه لا يفرق بين الطالب والمطلوب
وفي البحر هنا وزوائد العمراني عند الكلام في شروط الإمامة العظمى
وتعليق القاضي الحسين في أواخر باب الوصية حكاية وجه أنه يصح ولايته
وقد قال ابن أبي الدم إن الجرجاني حكاه قولا وقد يستدل له بما روى
أبو داود عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم استخلف ابن أم مكتوم على
المدينة مرتين وهو أعمى والصحيح الأول وبه جزم الماوردي وغيره وأما
الحديث فقد أجاب عنه بما قاله بعضهم أن في رجاله عمران بن داود القطان
وقد ضعفه ابن معين والنسائي ثم على تقدير توثيقه كما صار إليه بعضهم
فهو محمول على ولاية الصلاة بالمدينة دون القضاء والأحكام إكرامًا له
واحتذاء بالأدب فيما عاتبه الله عليه من أمره في قوله تعالى عبس وتولى فإنه
روي أنها نزلت فيه وفي معنى الأعمى من يرى الأشباح ولا يرى الصور نعم
لو كان إذا قربت منه عرفها صح كما يصح ولاية من يبصر بالنهار دون الليل
وهو الأعشى والأخرس الذي لا تفهم إشارته لا تجوز تقليده لأنه يعجز عن
إنفاذ الأحكام وإلزام الحقوق فلو كانت له إشارة مفهمة ففي الإشراف
حكاية جوابين فيه لابن القاص بناء على جواز شهادته في وجه وقد نسب
غيره الجواز إلى ابن سريج إذا جوز سماع شهادته قال الماوردي وجمهور
أصحابنا على منعها وبه جزم البغوي وادعى القاضي الحسين في كتاب
الضمان أنه لا خلاف فيه نعم لو كان في لسانه تمتمة أو عقلة أو نحو ذلك
جازت توليته لأنه نقص لا يمنع من الكلام وإن عيب ولا يقدح في الولاية
كون الشخص مقطوع الأطراف أو مبطولا أو زمنا وإن كانت السلامة من
الآفات أهيب لذوي الولايات ومنها معرفة الحساب وقد حكى صاحب
البحر في صحة تولية من لا يعرفه وجهين وقال إن المذهب الصحة والمنقول عن

القاضي

الشافعي في صفة القضاة كما حكاه الماوردي وابن الصباغ والروياني
وغيرهم ثلاث شرائط ان يكون من اهل الاجتهاد وان يكون على الاحوال يكون
يكون كاملا وهي شاملة لجميع ما ذكرناه قال والافضل ان يكون شديدا
من غير عنف لانه لو كان عنيفا لمنعت هيبته من استيفاء الحقوق
وقيام الخصوم بالحجج ولينا من غير ضعف حتى لا يجترئ به الخصوم ولا
تضييع الحقوق وهذه عبارة بعض السلف قال القاضي ابو الطيب قال
بعض اصحابنا يكون خشنة بين السيئين وفي التهذيب انه يجب ان يكون
جبارا انهابه الخصوم وان يكون ضعيفا يطمع كل احد في جنبته قال واذا
ولى الامام رجلا كتب له العهد لان النبي صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم
كتابا حين بعثه الى اليمن وابو بكر كتب لانس حين بعثه الى البحرين وختمه
بخاتم رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى حارثة بن مضرب ان عمر كتب الى
اهل الكوفة اما بعد فاني بعثت اليكم عمارا اميرا وعبد الله بن مسعود
قاضيا ووزيرا فاسمعوا لهما واطيعوا فقد اثرتكم بهما قال القفال
الشاشي كما حكاه القاضي الحسين وينبغي ان يكتب الامام لنفسه نسخة
من كتابه لتمسكه حتى يتذكر به ان نسي انه ولاه عمل بلد كذا وهذا كله
على وجه الاستحباب فان ترك الكتابة جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم لم
يكتب بالعهد لمعاذ قال ويوصيه بتقوى الله تعالى والعمل بما في العهد
لان ذلك مقصود هذه الولاية وواجبها وذا يوصيه بالتثبت في
القضاء ومشاورة اهل العلم ونحو ذلك روى ابو داود عن علي قال بعثني
رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن فقلت يا رسول الله ترسلني وانا حدث
السن ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله تعالى سيهدي قلبك ويثبت
لسانك فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من
الاخر كما سمعت من الاول فانه احرى ان يتبين لك القضاء فما زلت

عرفني قاضيا في

قاضيا

قاضيا او ما شككت في قضاء بعد وروي عن ادريس الاودي
انه قال اخرج الينا سعيد بن ابي بردة كتابا فقال هذا كتاب عمر بن
الخطاب الى ابي موسى اما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة
متبعة افهم اذا ادلي اليك فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له واس
بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك اي اجعلهم اسوة في ذلك
حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يخاف ضعيف من جورك البينة على
من ادعى واليمين على من انكر والصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما
او حرم حلالا ولا يمنعك قضاء قضيته بالامس فراجعت فيه اليوم
عقلك وهديت فيه لرشدك ان ترجع الى الحق فان الحق قديم لا يبطل
الحق شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل الفهم الفهم فيما
يتلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله ولا سنة رسوله ثم اعرف الاشباه
والامثال وقس الامور بنظايرها واعمد الى احبها الى الله تعالى و
اشبهها فيما ترى واجعل للمدعي امدا ينتهي اليه فان احضر بينته
اخذت له بحقه والا وجهت عليه القضاء فان ذلك اجلى للعمى وابلغ
في العذر والمسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في حد او مجربا
عليه شهادة الزور او ظنينا في ولاء او قرابة فان الله تعالى تولى منكم السراير
ودرا عنكم الشبهات ثم اياك والضجر والقلق والتاذي بالناس
والتنكر بالخصوم في مواطن الحق التي يوجب الله تعالى بها الاجر ويحسب
بها الذخر وانه من يصلح سريرته فيما بينه وبين ربه اصلح الله ما بينه
وبين الناس ومن تزين للناس بما يعلم الله منه غير ذلك يشنه الله
فما ظنك بثواب الله في عاجل الدنيا وخزائن رحمته والسلام وهذه
الوصية مستحبة وقد يفهم كلام القاضي الحسين ان الوصية واجبة فانه
قال وعليه ان يخلو به ويخوفه الله تعالى ويحذره ويقرا عليه عهد
امير المؤمنين عمر لانه ابلغ ما يكون في الموعظة قال واشهد على التولية

الولايه

شاهدين اي سوا قرب محل الولايه او بعد ليثبت بهما التوليه وهذا
تحول اي استحق وعلى هذا فلا احتاج الى لفظ الشهاده بل يكفى اخبار
اهل محل الولايه بها ولا احتاج الى تقدم دعوى وفي الحاوي ايضا يشهدان
على اهل العمل فاذا شهدا وكانا عدلين عمل وجب على اهل العمل طاعته
ولو وصل الى العمل واخبر اهله بالولايه من غير اشهاد لم يلزمهم
طاعته الا ان يصدقوه على احد الوجهين في الحاوي وقيل ان كان البلد
قريبا بحيث يتصل به الخبر لم يلزمه الاشهاد لاشتهاره بالاستفاضه
بانها انها وهذا قول الاصطخري واختاره في المرشد وفي النهايه عوضه
ان من اصحابنا من اكتفى بكتاب وهو عندي مشروط بظهور مخايل الصدق
في خطوط الكتاب ولهذا قال في الوسيط في حكايته اذا وصل بالعهد
ولم يستفض ولايته ولا معه شهاده عدلين انه يجب الاعتماد على
الكتاب مع مخايل الصدق وبعد الجراه على التلبيس في مثل هذا الامر
مع خوف سطوه السلطان وقد كان ولاه رسول الله صلى الله عليه وسلم
يكتفى في ذلك بمجرد قولهم وهذا ما صححه صاحب الاشراف بعد ان حكا
عن الشاشي انه قال ظاهر المذهب ان الاشهاد لا يجب وقال السنجي
وغيره واصل هذا الخلاف المذكور في الكتاب الخلاف في ان النكاح
والوقف والعتق والولا هل يثبت بالاستفاضه ام لا وعلى هذا اجرى
في التهذيب فان قلنا يثبت لزم الرعايا هنا الانقياد له والا فلا
قال الامام واذا استخلف القاضي حاكما في قريه فقد لا يستفيض
مثل هذا او لا اشترطه الاستفاضه بل يقلد فيه الكتاب او
شاهدان قال ويسال القاضي عن حال البلد ومن فيه من الفقها والامنا
اي العدول قبل دخوله لانه يحتاج اليهم فكانت معرفته بهم قبل الدخول
ليعاملهم بما يليق بهم اولى فان قدر على ذلك في البلد الذي وقعت فيه

القاضي

الولايه

الولايه فذاك والا تعرفه في طريقه الى المحل ولانه اوفى محل الولايه
قال الرافعي ويستحب له ان يدعوا اصدقاه الامنا ويلتمس منهم ان يطلعوه
على عيوبه ليسعى في ازالتها ويستحب ان يدخل صبيحه يوم الاثنين لان
النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينه يوم الاثنين فان فاته دخل السبت
او الخميس للخبر المشهور ولانه قلما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخرج
في سفر الا يوم الخميس قال القاضي ابو الطيب والروياني وغيرهما ويستحب
ان يدخل البلد لابس السواد لان النبي صلى الله عليه وسلم دخل مكه وعلى
راسه عمامه سودا ولانه اهيب له وينزل في وسط البلد ليكون اقرب
الى التسويه بين اهله في قصده وهذا ما نص عليه الشافعي في الام
ويجمع الناس اي بان يبعث مناديا ينادي في البلد بان فلانا القاضي
قد حضر فاحضروا السماع عهده في يوم كذا ويكون ذلك يوما ان كان
البلد صغيرا وثلاثا ان كان البلد كبيرا ويقرا عليهم العهد ليعلموا
تفاصيل ولايته فيطيعوه فيها قال ويتسلم المحاضر والسجلات من
القاضي الذي كان قبله ليحرس على اربابها بسبب ذلك ولانه كانت
وهو ما يتسلمه من اموال الايتام والضوال والوقوف واسما المحبوسين
وغيرهم كما قاله القاضي الحسين قال الماوردي والسنجي وغيرهما وهذا
اول الامانات التي يفعلها القاضي في ولايته قبل النظر في المحبوسين
وغيرهم وعند اخذها ان امكنه تصفحها ومعرفه ما فيها فعل والمحاضر
جمع محضر بفتح الميم وهو الذي يكتب فيه قضيه المتحاكمين وما جرى
لهما في مجلس الحكم وحجتهما قال الجيلي اذا لم يتصل بذلك والسجلات
جمع سجل بكسر السين والجيم وهو الذي يكتب عنه المحضر ثم يكتب بعده
تنفيذ الحكم وامضاوه وان احتاج ان يستخلف في اعماله لكثرتها
استخلف اي فيما يعجز عنه ممن يصلح ان يكون قاضيا اي من غير

اذن الامام لان العرف يقتضيه فحملت التوليه عليه قال القاضي
ابو الطيب والبغوي وغيرهما كما لو دفع ثوبا الى شخص ليبيعه
فان ذلك يتضمن الاذن في التسليم الى من يبادي عليه وبهذه الحاله
يلتحق ما اذا امرض او اراد ان يغيب عن البلد ليشتغل كما ذكره في البسيط
اما ما لا يعجز عنه في هذه الحاله هل يجوز ان يستخلف فيه قال القاضي
ابو الطيب وابن الصباغ فيه الخلاف الاتي وكلام القاضي ابي الطيب في كتاب
الوكاله يحكي الخلاف كما ذكرناه اصرح من كلامه هنا وفي كلام البحر
في المسئلة يقتضي اجرا الخلاف في هذه الحاله وان قلنا المنع الا الاستخلاف
في المسئلة الاتيه قال وان لم يحتج بعد فيل يجوز لان الامام لما ولاه صار
ناظرا للمسلمين على وجه المصلحه فجاز له التوليه فيما يقدر على التصرف فيه
كالامام وهذا قول الاصطخري كما حكاه القاضيان ابو الطيب والحسين
واختاره في المرشد وقيل لا يجوز الا ان ياذن له في ذلك لانه متول بطريق
النيابه فلم يملك كمطلق الانابه الا استنابه كالوكيل وهذا قول ابي علي
ابن خيران قال ابو الطيب وهو المشهور من مذهب الشافعي وعلى ذلك
جرى في المهذب فقال انه المذهب وصححه الرافعي والنواوي والناصر
للاول قال ليس للقاضي نايبا عن الامام بل عن المسلمين فهو في نفسه
وحكي في الحاوي في هذه الحاله والتي قبلها ثلاثه اوجه حكاها صاحب
الاشراف ايضا احدها وهو قول ابي علي بن خيران انه ليس له ان يستخلف
فقل عمله او كثر وقد نسب القاضي هذا الى ابي علي بن ابي هريره والثاني
وهو قول الاصطخري ان له ان يستخلف قل عمله او كثر والثالث
وهو قول جمهور البصريين ونسبه الامام الى الاصطخري ولذلك
القاضي الحسين وانه طرده في الوكيل وانه الصحيح ان استخلافه معتبر
بعمله فان قل وقدر على مباشرته بنفسه لم يجز ان يستخلف وان كثر

وعجز

وعجز عن مباشرته بنفسه جاز ان يستخلف اعتبارا بالوكيل
قال الماوردي وعلى هذا فيما يستخلف عليه وجهان احدهما ما عجز عنه
دون ما قدر عليه والثاني في الجميع لان العرف فيه كالاذن وعلى
حكايه الاوجه الثلاثه في الحالتين جرى المراوزه واستغرب الرافعي
جريان الخلاف فيما لا يقدر على مباشرته ولا خلاف في انه اذا صرح له
في الولايه بالاستخلاف في جوازه قال الاصحاب والمستحب للامام التصريح
ولفظ الشافعي واحب للامام اذا ولى القضاء رجلا ان يجعل له ان يولي
القضاء من راي في الطرف والاطراف فيجوز حكمه ولا خلاف في انه
اذا نهاه عن الاستخلاف انه لا يجوز فيما يقدر على مباشرته وكذا فيما لا
يقدر عليه على المشهور وبه جزم الماوردي وعن الشاشي حكايه عن
ابي الطيب بن سلمه ان وجود النهي في هذه الحاله كعدمه وبه جزم القاضي
ابو الطيب قال الرافعي والاقرب احد احتمالين اما بطلان التوليه
وحكي هذا عن ابن القطان او اقتصاره على ما يقدر عليه وترك الاستخلاف
قال الماوردي ويلزمه ان يعلم الامام عند كثره عمله بعجزه عن النظر في
جميعه ليكون الامام بالخيار بين ان ياذن له في الاستخلاف او يصرفه
عما عدا المقدور عليه ويولي فيه والثاني هو الاولى ليكون هو المتولي
للاختيار فان لم يعلم الامام او اعلمه ولم ياذن له في احد الامرين نظر
فان كان ما ولاه مصرا اشتمل السواد كالبصره كان نظره مختصا
بالبلد اعتبارا بالعرف فان استعداه احد على اهل السواد فان
كان اقل من مسافه يوم وليله لزمه احضاره وان كان على مسافه
القصر يوم وليله فاكثر ففي وجوب احضاره وجهان وان كان
العمل مشتملا على مصرين متباعدين كالبصره وبغداد فهو بالخيار
في النظر في ايهما شا فاذا نظر في احدهما ففي انعزاله عن الاخر وجهان
احدهما اذا قلنا بمنع الاستخلاف فاستخلف في امر عام وحكم

الخليفة فهل يلزم حكمه قال القاضي ابو الطيب ان حكم مجبرا لم ينفذ
وان لم يجبر عليه كان كالتحاكم في لزومه بنفسه او توقفه على الرضا بعد
الحكم وكذلك ذكره الماوردي وابن الصباغ قال العجلي وهذا فيه نظر
لانهما انما ترافعا اليه لاعتقادهما انه حاكم منصوب فيلزم حكمه
فاذا لم يكن كذلك فكيف يلزمهما حكمه وهو فاسد لنفسه كذا وهذا الخلاف
من تراضيا عليه لانهما نصباه لانفسهما الحكم لو علما فساد
توليته وتراضيا بما الحكم به بينهما فانه يكون على القولين واما مع
عدم علمهما بذلك فلا وجه له قلت وقد يتخرج على خلاف حكيناه فيما
اذا باع بغبن في بيعه وباعه الثاني ما عيّنه في البيع الاول بناء على
انه وجب عليه الوفاء بالبيع لاجل الشرط في البيع الاول وفي الرافعي انه
ليس للقاضي انفاذ حكم الخليفة بل يستانف الحكم بين الخصمين وهو محمول
على ما اذا كان حكمه جبرا لانه قد حكى ما حكيناه عن ابن الصباغ وغيره
ولو استخلف في امر خاص من سماع بينة او تحليف فمنهم من الحق ذلك
بالاستخلاف في الامر العام وعن القفال القطع بالجواز وان لم يكن ماذونا له
في الاستخلاف وهو الاصح في التهذيب لان القاضي لا يستغني عن ذلك قال
الرافعي والذي اقتضاه اطلاق الاكثرين الاول ه الثاني اذا قلنا بجواز
الاستخلاف فليس من شرطه ان يوافق الخليفة المستخلف في المذهب بل
يجوز ان يولي الشافعي مالكيا وحنفيا وبالعكس وهذا ما جزم به الماوردي
في الاحكام والحاوي هنا وقال القاضي ابو الطيب عند الكلام في ان كل
مجتهد مصيب او المصيب واحد انه المذهب لانه ليس يعلم حال
التقليد انه يحكم بخلاف ما يعتقده حقا لان على الحاكم ان يجتهد في
الحكم عند كل حادثة وربما تغير اجتهاده واختلف علما لم يكن ذلك
محلا ثم حال التقليد جوز له ان يقلده وحكى الماوردي في كتاب

قال

قتال اهل البغي وذكر القاضي ابو الطيب في جواز ذلك وجهين
حكاهما الرسلي هنا وربما نسبا الى رواية ابن ابي هريرة وقال ابو الطيب
ان الذي نص عليه الشافعي المنع فانه قال وهكذا من ولي شيئا
فينبغي ان لا يوليه من يعلم انه يعمل بخلاف الحق فيه ونسب الروياني
هذا النص الى المبسوط ثم على الاول للنائب ان يحكم بما ادى اليه
اجتهاده وان خالف معتقد امامه كما اذا كان حنفيا فرأى مذهب
الشافعي في مسألة او بالعكس قال الماوردي في الاحكام وقد منع بعض
الفقهاء من اعتزى الى مذهب ان يحكم بغيره لتوجه التهمة اليه
وحكاه في الحاوي ايضا وان بعض اصحابنا وافقه ثم قال وهذا وان
كانت السياسة تقتضيه لتحل استقرار المذاهب وتميز اهلها
فحكم الشرع لا يوجبه لما يلزمه من الاجتهاد في كل ما طريقه
الاجتهاد ولفظ الغزالي في الوسيط يوافق هذا الوجه لانه قال
وليس له ان يشترط على النائب الحكم بخلاف اجتهاده او بخلاف اعتقاده
حيث يجوز تولية المقلد للضرورة بل اعتقاد المقلد في حقه كالاجتهاد
في حق المجتهد ثم على الصحيح لو شرط المولي على المولى في عقد التولية
ان لا يحكم الا بمذهب بعينه كمذهب الشافعي مثلا ففي المهذب والتهذيب
وغيرهما ان التولية باطلة لانه علقها على شرط وقد بطل الشرط
فبطلت التولية وفي الوسيط انه يحكم بما توافق عليه المذهبان لا غير
وفي ادب القضاء لابن ابي الدم ان القاضي ابا منصور ابن اخي الشيخ ابي نصر
ابن الصباغ قال سالت قاضي القضاة الدامغاني عن ما اذا ولى القاضي
الحنفي شافعيا وشرط عليه ان لا يحكم الا بمذهب ابي حنيفة هل يصح
فقال نعم فان قاضي القضاة ابا حازم ولى ابا العباس ابن سريج القضاء
ببغداد على ان لا يقضي الا بمذهب ابي حنيفة فالتزمه وفي الاشراف ان

الشرط باطل ويحكم بما يؤدي اليه اجتهاده ويقرب من ذلك ما في
فتاوى القاضي الحسين وهو انه لو ولاه القضا واشترط عليه ان لا
يحكم بالشاهد واليمين ولا على غايب يصح التولية ويلغوا الشرط حتى يقضي
بما يؤدي اليه اجتهاده وفي الحاوي ان الشرط ان كان عاما بان قال لا
تحكم في جميع الاحكام الا بمذهب الشافعي مثلا فالشرط باطل لانه قد
منعه من الاجتهاد فيما يجب فيه الاجتهاد ثم ينظر فان اخرج ذلك
مخرج الامر بان قال احكم بمذهب الشافعي او مخرج النهي بان قال لا تحكم
بمذهب ابي حنيفة صح التقليد وان بطل ما امر به او نهاه عنه وان
جعله بلفظ الشرط في العقد فقال على ان تحكم بمذهب الشافعي او لا
تحكم بمذهب ابي حنيفة بطل التقليد لفساد الشرط لانه معقود على شرط
فاسد وان كان في الاحكام فان كان المولي عالما بانه اشترط ما لا يجوز كان
قدحا فيه دون ما اذا لم يعلم وان كان الشرط خاصا في حكم بعينه فان كان
امرا فقال اقد من المسلم بالكافر ومن الحر بالعبد كان امره بهذا الشرط
فاسدا فان تجرد عن لفظ الشرط صح التقليد وان قرنه بلفظ الشرط بطل
التقليد وان كان نهيا فهو على ضربين الاول ان ينهاه عن الحكم في قتل المسلم
بالكافر والحر بالعبد ولا يقضي فيه بوجوب قود ولا باسقاط فهذا
شرط فاسد وتقليد صحيح لانه اقتصر بولايته على ما عداه فصار خارجا
من نظره والثاني ان ينهاه عن القضا بالقصاص ولا ينهاه عن الحكم فيه
فقد اختلف اصحابنا في هذا النهي هل يوجب صرفه عن النظر فيه على وجهين
احدهما يكون صرفا عن النظر فيه فلا يحكم فيه بايجاب قود ولا باسقاطه
فعلى هذا يكون التقليد صحيحا فيما عداه والثاني انه لا يقتضي الصرف
ولصحة النهي عنه امرا بحكمه ان يقتص من المسلم بالكافر ومن الحر بالعبد وقد
تقدم حكم الامر بذلك والله اعلم اذا شرط على القاضي الحكم بمذهب بعينه

على

هذا شانه

هذا شانه **فروع** اذا اطلق الامام التولية وقلنا بجواز الاستخلاف
فاذا نهاه بعد ذلك هل يجب عليه الانتهاء قال ابن ابي الدم هذا ينبغي
ان يبنى على الخلاف في انعزال القاضي بالعزل فان قلنا ينعزل فيجب
عليه ان ينتهي ولا يجوز ان يستخلف وان قلنا لا ينعزل فهذا فيه نظر
عندي وقاعدة الايالة تقتضي انه متى نهاه ابتداء ودواما لا يجوز
له الاستخلاف فرع اذا تنازع خصمان في الحضور الى الاصل او النايب
فطلب احدهما المحاكمة اليه وطلب الاخر المحاكمة الى النايب قال في
الحاوي ان كان في يوم التنازع ناظرا فالداعي اليه اولى من الداعي الى
خليفته لانه الاصل وان كان الناظر خليفته كان الداعي اليه اولى لانه
اعجل فرع هل يجوز للقاضي عزل خليفته اطلق بعضهم القول بجوازه ان
كان هو الذي ولاه وان كان الامام قد استنابه عنه فوجهان وهما في الحاوي
في اوايل الباب وقال هنا انا اذا قلنا يجوز له ان يستخلف فيما يقدر على
مباشرته بنفسه مع ما لا يقدر على مباشرته بنفسه فاستخلف فيما يقدر
على مباشرته بنفسه جاز له ان يعزله مع بقايه على سلامته وان استخلف
فيما لا يقدر على مباشرته ففي جواز عزله مع بقايه على سلامته وجهان
وقال القاضي ابو الطيب جواز عزله مع سلامة الحال ينبني على انه ينعزل
بموته ام لا فان قلنا ينعزل بموته انعزل بعزله والا فلا ينعزل وهذا
منه بنا على ان القاضي الاصل لا ينعزل بعزل الامام كما سنذكره عند
الكلام في موت القاضي الكاتب لكنه ذكر هذه المسالة ثم اما اذا
استخلف من لا يصلح للقضا نظر فان كان لفسق ونحوه لم ينفذ شي من
احكامه وان كان لفقد اهلية الاجتهاد فان كان مستخلفا في احد الاركان
فالمعتبر ان يكون اهلا للاستقلال بذلك الركن والا فهو كالفسق وعن
الشيخ ابي محمد ان نايب القاضي في القرى اذا لم يفوض اليه امضا الاحكام
بل سماع البينة ونقلها فلا يشترط منصب الاجتهاد في حقه بل العلم

القاضي

اللايق باحكام السياسات قال الامام وهذا يحوج الى خطب صالح من
الفقه تنبيه اطلاق الشيخ القول بجواز استخلاف من يصلح للقضا
يدل على جواز استخلاف ابنه او ابيه اذا كان يصلح له وقد صرح به
البغوي وكذا الماوردي ووجهه بان ما بينهما من البعضية يجريهم مجرى
نفسه وحكمه بنفسه جايز فجاز لمن هو بعضه ولذلك جاز للامام ان
يستخلف في اعماله من يرى من اولاده لكن لو رد الامام الى القاضي اختيار
قاض لم يكن له ان يختار ولده ولا والده لان رد الاختيار اليه يمنعه من
اختياره بنفسه فمنع اختيار من يجري بالبعضية مجرى نفسه قلت وقد
حكى البغوي والخوارزمي في الكافي ان القاضي هل يسمع شهادة ولده
ووالده ام لا وفيه وجهان وصحح ابن ابي الدم منهما المنع وكذلك في
البحر قبل في باب الشهادات وكان وجهه تضمنه التعديل وهو متهم
فيه واذا كان كذلك فهذا المعنى موجود في تفويض الحكم اليه فينبغي ان
يمنع كالشهادة فان قيل لا نسلم ان ماخذ المنع من قبول الشهادة
التهمة في التعديل بل يجوز ان يكون ماخذه انه ينزل منزلة نفسه كما
ذكرنا ونحن نقول يمنع حكم القاضي بعلمه فلذا نقول ولذلك لا اثر لذلك
الحكم فانه يجوز ان يحكم بنفسه فكذلك بعضه قلت بل كلام البغوي
كالمصرح بان الماخذ في المنع التهمة الا ترى انه قال بعد ذلك وكذا
اذا زكى المزكي ولده هل تقبل شهادته فيه وجهان وعلى هذا التقرير
كان يلزم الماوردي الجزم بعدم التولية لانه جزم عند الكلام في اصحاب
المسايل وكذا الروياني والفوراني بمنع التزكية لكن قد يقال ان محل جزمه
بجواز التولية اذا كان ثابت العدالة عند غيره فان في هذه الحالة
رجع الامام الحكم بشهادته قال وان احتاج الى كاتب استحب ان يكون
مسلما عدلا عاقلا فقيها هذا الفصل ظاهره يقتضي امرين احدهما

يمنع

جواز

جواز اتخاذ الكاتب عند الحاجة ولا شك فيه وقد قال القاضي
ابو الطيب وغيره انه يستحب اتخاذه لان النبي صلى الله عليه وسلم كان له كتاب
منهم علي بن ابي طالب وهو الذي كتب القضية بين رسول الله صلى الله عليه وسلم
وبين قريش يوم الحديبية ومنهم ما قال ابن عباس رجل يقال له السجل ومنهم
زيد بن ثابت وقد روي عن زيد بن ثابت انه قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم
احسن العبرانية فان اليهود يحسبون الي ما احب ان يقف على حسابي احد
فعليك لا ما لا فتعلمها فتعلمتها في نصف شهر وروي في بضعة عشر يوما فكنت
اقرا كتبهم على النبي صلى الله عليه وسلم واكتب لهم وقد كان للخلفا الاربعة
كتاب والمعنى فيه ان الحاكم مشغول بالحكم والاجتهاد فاشتغاله
بالكتابة يقطعه عن ذلك ومحل الاستحباب اذا كان الكاتب لا يطلب اجرا
او طلب وكان له رزق من بيت المال اما اذا لم يكن في بيت المال ما يرزق منه
الكاتب فقد قال البغوي في باب القسمة انه لا يعين في هذه الحالة له
كاتبا وقال القاضي الحسين ثم انه لا يجوز ان يعين له كاتبا والفوراني
وصاحب البحر وغيرهما قالوا لا يستحب له اتخاذ الكاتب معلوما لانه يؤدي
الى التحامل على الناس ولكنه يخلي بينهم وبين من يستاجرونه والثاني
انه يستحب ان يكون في الكاتب من الصفات وقد بين منها اربعة احدها
الاسلام ووجه اعتباره قوله تعالى لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يالونكم
خبالا الاية وقوله تعالى لا تتخذوا عدوي وعدوكم اوليا وفي اتخاذ الكافر كاتبا
اتخاذه بطانة ووليا وقد روي ان ابا موسى الاشعري قدم على عمر ومعه
كاتب نصراني فاعجب عمر خطه وحسابه فقال عمر لابي موسى احضر كاتبك
ليقراه فقال انه نصراني لا يدخل المسجد فزبره عمر وقال لا تامنوهم
وقد خونهم الله ولا تدنوهم وقد ابعدهم الله ولا تعزوهم وقد اذلهم الله
فان قيل هذا يقتضي ان يكون صفة الاسلام واجبة قلنا قد قال به بعض

الاصحاب ولم يورد الماوردي وابو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ
وغيرهم سواه وهو الصحيح والقايل بالاول قال ما كتبه لا بد
وان يقف عليه القاضي لم يصفه فيومن فيه الخيانه وقد حكي عن البيان
تصحيحه وكان قايله والله اعلم اخذ ذلك من قول الشافعي في الام
ما ينبغي لقاض ولا وال ان يتخذ كاتبا ذميا ولا يضع الذمي موضعا
يفضل به مسلما ولنعز المسلمين ان يكون لهم حاجه الى غير اهل دينهم
والقاضي اجل الخلق في هذا عذرا انتهى فاجرى اللفظ على ظاهره وحمل
ذلك على الكراهه والاولون حملوه على المنع والثانيه العداله ووجه
اعتبارها ان القاضي قد يغفل عند قراه ما كتبه الكاتب او يقراه واذا
كان عدلا امن منه الخيانه بخلاف ما اذا كان فاسقا وقد اطلق الماوردي
وابو الطيب وغيرهما القول باشتراط العداله فيه ولفظ صاحب
المرشد ويجب ان يكون عدلا ووجهه الماوردي بانه مومن على اثبات
الاقرار والبينات وتسجيل الاحكام فافتقر الى صفه من يثبت به الحقوق
كالشهاده وهذا اخذ من قول الشافعي في المختصر ولا ينبغي ان يتخذ
كاتبا حتى يجمع ان يكون عدلا عاقلا ويحرص ان يكون فقيها لا يوتى من
جهاله نزها بعيدا من الطمع وقد حكي الوجهين في المهذب في اعتبار
العداله كما حكاهما في الاسلام وعن صاحب البيان انا ان اعتبرنا الاسلام
اشترطنا العداله ثم قد يفهم من توجيه جواز كونه كافرا او فاسقا اختصاص
اختصاص هذا الوجه بما اذا كان القاضي كاتبا اما اذا كان اميا
وجوزناه فيجب القطع بالمنع لفوات المعنى المجوز والثالثه العقل
كما اشار اليه الشافعي قال الاصحاب وليس يريد به ما يتعلق به
التكليف وانما يريد به شده العقل والذكا والتحصيل حتى لا يخدع او
يدلس عليه وقد جزم القاضي ابو الطيب والماوردي وغيرهما باشتراط ذلك

الظاهر

لظاهر النص والرافعي وافق الشيخ في استحباب ذلك والرابعه
الفقه ليعلم صحه ما يكتب من فساده وقد وافق الشيخ على استحباب
هذا الوصف القاضي ابو الطيب وصاحب البحر والبندنيجي يرسل قول الشافعي
ويحرص ان يكون فقيها والمراد بالفقيه هنا كما اشار اليه ابو الطيب
والماوردي الفقيه في احكام الكتابه وما يتعلق بالشروط من المحاضر
والسجلات واستعمال الالفاظ الموضوعه لها والتحرز من الالفاظ
المجمله وجوده الخط حتى يرتبها ولا يترك فسحه يلحق الحاق شي فيها
يفسد به المعنى ويفصلها فلا يكتب سبعه مثل تسعه وما اشبه ذلك وفي
ابن يونس انه قد قيل باشتراط وصف الفقه كما قيل باشتراط هذه الامور
السابقه وكلام الماوردي يشير اليه لانه قال وصفه كاتب القاضي ما
ذكره الشافعي من اوصافه وهي اربعه العداله والعقل والفقه والنزاهه
فاذا اظفر القاضي بمن فيه هذه الاوصاف الاربعه واحد ان يظفر به
جاز ان يستكتبه وقضيه ذلك ايضا ان يكون النزاهه شرطا ايضا وهو ما
يفهمه كلام صاحب البحر حيث قال ويعتبر النزاهه لئلا يستمال بالطمع
والقاضي ابو الطيب عطف ذلك على الفقه فافهم ان المراد به الاستحباب
والبندنيجي يرسل قول الشافعي وصرح الرافعي ولما جعل الماوردي العداله
شرطا قال لا يجوز ان يستكتب عبدا وان استكمل الاوصاف الاربعه لان
الحريه شرط في كمال العداله وتبعه في ذلك الروياني وهو في تعليق البندنيجي
ايضا وقضيه قول من جوز ان يكون كافرا او فاسقا جواز استكتاب
العبد حيث يسوغ استخدامه وقد استحب الاصحاب فيه ان يكون
حاسبا لانه يحتاج الى الحساب في المقاسم والمواريث قال ابن القاص
كما قال ابن الصباغ في اوايل الباب ويحرص ان يكون فصيحا عالما
بلغات الخصوم حافظا العجميه الى العربيه قال ولا يجعل حاجبا ولا بوابا

لما قدمناه في باب ادب السلطان وقد روي ان عمر بن الخطاب قلد
سعد بن ابي وقاص الكوفه فقصر منها ربما نا بحر حاجب عن الخلق
حاجبا فحرق عمر حاجبه ولانه ربما احزا المتقدم ومنع من لمظلمه
ولو خالف والخبر فيه قال فان احتاج الى حاجبا لاجل الحاجه
عاقلا اي كما وصفنا في الكاتب ش. امينا بعيدا من الطمع لان اضافه
بل للمنع ما ذكرناه من المحذور في هذه الاوصاف تظهر ان يكون
واجبه وان لم تكن واجبه في الكاتب لان ما يتعلق من جنايته لو اتفق
من الكاتب يرجحها القاضي بنظره وما يتعلق من جنايته نقل من الحاجب
والبواب لا يتدارك لها ويقوي ذلك ان الماوردي قال الشروط المعتبره
في الحاجب نوعان واجب ومستحب فاما الواجب فثلاثه العداله والعفه
والامانه واما المستحبه فخمسه ان يكون حسن المنظر جميل المخبر عارفا بمقادير
الناس بعيدا من الهوى والعصبيه معتدل الاخلاق بين الشراسه واللين
وحكى القاضي ابو الطيب عن ابن المنذر انه يستحب ان يكون خصيا حتى يكون ابلغ
في العفه وهذا في وقت استصابه للاحكام حاشيه عليه كلام الشيخ
الاتي من بعد اما اذا الخبر في غير وقت انتصابه للحكم لم يكره قال الماوردي
بل اذا احتجب عن الناس في ذلك الوقت كان احفظ لحشمته واعظم
لهيبته وكان بعض اصحابنا يقول انما لم يكن للقاضي اتخاذ الحاجب في
زمان الاستقامه وسداد اهله فاما في زمان الاختلاط والتهارج
واستطاله السفها والعامه فالمستحب ان يتخذ حاجبا لحفظ
هيبته ويمنع من استطاله الخصوم قال في البحر وبهذا اقول في زماننا
وقال القاضي ابو الطيب في اوايل الباب ويستحب ان يتخذ حاجبا يقوم على
راسه اذا قعد ويرتب الخصوم ويخرجها فاذا احضر الخصمين وقاما
دعي بغيرهما وفي النهايه ان الصيدلاني ذكر وجهين في ان القاضي هل يتخذ

حاجبا

حاجبا ثم ذكر بعض في محل الوجهين احدهما انه اذا جلس
للحكم وله ذلك وان جلس لمعه وجيران والناس عكس هذه قال الامام
ولا معنى عندنا للخلاف ولكن ان كثرت الزحمه وكانت المصلحه في اتخاذ
حاجب ليمنع الزحمه اتخذ وان كانت المصلحه على خلاف ذلك اتبعها هذا
منطبق على ما حكاه الشيخ وكذا صاحب الكافي قال ويامره ان لا يقدم
خصما على خصم والحكم ولا ياذن قوما دون قوم اي على الاستوا
حراسه للقلوب عن التباغض قال ولا يقدم اخرا على اول لان تقدم
المتقدم واجب ومخالفه ذلك حرام فيه امره بذلك تحاميا عن الظلم
والخصم بفتح الخا يقع على الرجل والمراه والجماعه منهما بلفظ واحد
قال الجوهري ومن العرب من يثنيه ويجمعه فيقال خصمان وخصوم والخصيم
هو الخصم وجمعه خصما وخاصمته مخاصمه وخصاما فخصمته اخصمه
بكسر الصاد والاسم الخصومه وتخاصموا واختصموا والخصم بفتح الخاء
وكسر الصاد شديد الخصومه ويقال للجانب من الغراره والخرج وكل شي
خصم بضم الخاء قال ان يكون الحاجب بتقوى الله تعالى ويامره بطلب الحق
لانه الحق ش. ويوصي اعوانه اي الرسل الذين يحضرون الخصوم الى بتقوى الله
والرفق بالخصوم لان الاعوان فظاظه والامر به من جمله الامر بالمعروف
والنهي عن المنكر والقاضي احق به لانه واحد الاعوان عون واصله الظهير
المعاون وتقوى الله تعالى امتثال امره واجتناب نهيه ومعناه الوقايه
من سخطه وعذابه سبحانه قال ولا يتخذ شهودا معينين لا يقبل غيرهم
لان ذلك يؤدي الى ادخال المشقه على عامه الناس لان من احتاج ان
يشهد على حقه احتاج ان يقطع اليهم المسافه وربما وجب له حق في موضع
لا يحضروه ولا يمكنه اثباته بالشهاده فيضيع قيل واول من اتخذ
ذلك اسمعيل بن اسحق المالكي واتبعه ساير القضاه في بعض البلاد وهذا

المنع قال في الحاوي انه مكروه لانه مستحدث خولف فيه الصدر
الاول وتبعه صاحب البحر والذي جزم به القاضي ابو الطيب وغيره
ان ذلك حرام لانه مخالف للكتاب والسنه والاجماع قال الله تعالى واشهدوا
ذوي عدل منكم ولم يخص وقال عليه الصلاه والسلام شاهدان او يمينه
ولم يفرق وقد اجمع المسلمون على ان العدل مقبول الشهاده اما اذا رتب
قوما للشهاده ولكن لا يمنع من قبول شهاده غيرهم قال الماوردي
فذلك جايز من غير كراهه قال ويتخذ قوما من اصحاب المسايل امنا
ثقات برا من الشحنا بينهم وبين الناس ليعرف حال من يجهل عدالته من
الشهود لانه لا يمكنه البحث بنفسه واعتبار الامانه وهي العداله
خشيه من الخيانه في المسله والطمع في الاستمالة له بأخذ الرشا واعتبار
الفقه التي ارادها وهي وفور العقل ليصلوا بوفور عقلهم الى غوامض
الامور بلطف ويؤمن ان ينتم عليهم خداع او حيله وانضافان وافري [والاصل بلفظ]
العقل يتجسسوا احوال المتهم فلا يسالوا عن الشاهد عدوه فيظهر
قبيحا ويخفي حسنا او صديقه فيخفي قبيحا او يظهر حسنا واعتبار
البراه من الشحناء وهي بالمد البغض والعداوه بسبب نسب او حسد او
مذهب كاهل الاهوا او العصبيه حتى لا يحملهم ذلك على جرح مخالفهم
واعدايهم وتعديل موافقيهم واحبابهم قال الماوردي ولان من طباعه
العداوه والحسد من الخير بعيدا او من الشر قريبا فلم يوثق بخبره
ومجموع كلام الشافعي في الام والمختصر في صفاتهم ان يكونوا جامعين
للامانه في دياناتهم وافري العقول لا يغفلون بان يسالوا الرجل عن
عدوه فيخفي حسنا ويقول قبيحا او عن صديقه فيخفي قبيحا ويقول حسنا
برا من الشحنا بينهم وبين الناس او الحيف عليهم او الحيف على احد
وان لا يكونوا من اهل الاهواء والعصبيه والمماطله للناس اي اللجاج

لان اللجوج

اللجوج يرد بنقص هواه ويرتكب ما يهواه ولا يرجع عن الخطا ان ظهر
له الصواب قال الماوردي واذا تكاملت هذه الاوصاف في اصحاب
المسايل وان كان حالهم مشهورا صاروا اهلا ان يعول عليهم في
البحث ويرجع الى اقوالهم في التعديل والجرح وهذا يقتضي اشتراطها
وفي النهايه ان هذه الاوصاف مستحبه قال ويكتمهم لا يعرف
بعضهم بعضا اي بالصفه المذكوره خشيه ان يجمعهم الهوى على التواطي [طي]
ومن طريق الاولى ان لا يكونوا معروفين للناس بل الخشيه ان يحتال
عليهم برشوه او غيرها الشهود او المشهود له او عليه قال الماوردي
وذا الحرص ان لا يعرفوا لمن يسالون عن حال الشهود فيا منوا من احتيال
اعدا الشهود في اظهار الجرح واصدقايهم في اظهار التعديل وارباب
المسايل الذين اذا دهم ان في هم المذكورون حاقال الماوردي وقال الامام [انه]
ان من الاصحاب من قال ذلك ومنهم من قال اراد الرسل الذين يحملون الرقاع
الى المزكين للبحث عن احوال الشهود وهذا كانه قول ابي اسحق الذي سلكه
في الباب الثاني لهذا وحكى ابن ابي الدم ان منهم من قال اراد الذين
يسالون المذكورين عن احوال الناس ولا الحكم ولا يولي ولا يسمع البينه
في غير عمله فان فعل ذلك لم يعتد به لانه لا ولايه له فيه فاشبه سائر
الرعيه وهذا الحكم في الكتابه لقاض اخر وحكى الرافعي قبيل القسمه ان ابن
القاص قال انه لا يحكم ولا يشهد في غير محل ولايته فاما الكتاب فلا باس به
قال الرافعي وهو الذي يشعر على اصل الشافعي وظاهر كلام الشيخ يقتضي
انه لا فرق في البينه التي يسمعها في غير عمله بين ان يكون شاهده بالحق
كالغصب والاقرار ونحوه وهي ما به العداله عنده او لا وبين ان يكون
شاهده بالتزكيه وقد وقعت الشهاده باصل الحق في العمل وفي ادب
القضا للزبيلي انه لو سمع الشهاده في غير عمله ووقف على عدالتهم في

عمله وحكم بها فيه نحو ان قال وهذا ابنا على ان القاضي هل يحكم
بعلم نفسه ام لا فلت وفي هذا كلامان احدهما منع كون هذه الصوره
من صور القضا بالعلم كما سياتي والثاني على تقدير التسليم فاي معنى
لفرض سماع عدالة الشهود في عمله بل قد يظهر ارتعال ما اخذ الخلاف ان
الاعتبار في شهاده الشهود اذا ادوا بوقت الادا او بوقت التزكيه
وفيه كلام يشبه قول الغزالي وغيره في باب صلاة العيدين فيما اذا
شهد شاهدان بعد الغروب في يوم الثلاثين من رمضان برويه الهلال
ليله الثلاثين انا لا نصغي اليها ولو شهدا بعد الزوال يوم الثلاثين وقبل
الغروب عمل بشهادتهما في الفطر وبان فوات العيد ولو شهدا بعد
الزوال وعدلا بعد الغروب ففي فوات الصلاه وجهان احدهما لا لان النظر
الي وقت التعديل وقد عدلوا في غير وقته والثاني النظر الى وقت الشهاده
على ان هذا ايضا بعيد لو انعكس الحال فسمع الشهاده في عمله والتعديل
في غير عمله قال ابن القاص بحكم به هذا حكاه في الاشراف وزاد الرافعي
في الحكاية عنه ان هذا ابنا على انه له ان يقضي بعلمه وقال ابو سعد هذا
يخرج على قول من يقول ان الشهاده على العداله يجوز بالاستفاضه
وقال ابو عاصم العبادي وعن ابي العباس عندي انه لا يحل ~~حلال~~ لا يجوز
ان يرتشي لما روى ابن بكر بن المنذر عن ابي هريره قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم
الراشي والمرتشي في الحكم وروى ابو داود عن عبد الله بن عمرو قال
لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي واخرجه ابن ماجه
وروى ثوبان عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعن الله الراشي والمرتشي
والرائش الذي يمشي بينهما وروى ابن نجوم ولانه اخذ ليحكم بغير حق
فالحكم بغير الحق حرام والاخذ عليه حرام وان اخذ على ان يحكم
بالحق فليس له لانه ياخذ الرزق على ذلك من الامام فليس له ان

ياخذ

ارجح

الراشي والمرتشي

ارجح

لانه في الحكم بغير ... الحاكم ... حرام وان اخذ على ...

ان ياخذ عليه عوضا اخر اما دفع الرشا فقال يجوز قال الاصحاب
فيما حكاه ابو الطيب والماوردي وابن الصباغ ان كان يطلب بما
دفع الحكم بغير الحق او ايقاف الحكم بالحق حرم عليه وان كان
يطلب به وصوله الى حقه لم يحرم عليه وان كان حراما
على غيره كالاسير يحرم عليه ان يفك الاسير بماله قال في المرشد
ويحمل لعنة الراشي والمرتشي على ما اذا قصد بها ايقاف الحق او
الحكم بالباطل ولذلك قال تعالى لتاكلوا اموال الناس بالاثم وانتم
تعلمون والمتوسط بينهما هو تابع لموكله منهما فان توكل عنهما
كان فعله حراما وهذا الكلام من الاصحاب يدل على ان الرشوه تكون
لطلب حق ولطلب باطل وقد حكي عن ابن حجاج انه قال الرشوه عطيه
بشرط ان يحكم له بغير حق والهديه عطيه مطلقه وكلام الماوردي
يخالفه فانه قال الرشوه ما تقدمت الحاجه والهديه ما تاخرت
والذي حكاه الغزالي في الاحيا منطبق على الاول فانه قال المال ان
بذل لغرض اجل فهو صدقه وان بذل لغرض عاجل فان كان الغرض
مالا في مقابلته فهو هبه بثواب مشروط او متوقع وان كان الغرض
عمل محرم او واجب متعين فهو رشوه وان كان مباحا فاجاره وجعاله
وان كان للتقرب والتودد للمبذول له فان كان لمجرد نفسه فهديه
وان كان ليتوسل بجاهه الى اغراض ومقاصد فان كان جاهه بعلم
او نسب او صلاح فهديه وان كان بالقضاء والعمل بولايه فرشوه
وقد نقل في هذا الباب عدم البذل في هذه الحاله قال القاضي ابو الطيب
في تعليقه وكذلك الشيخ ابو حامد فاحكي عنه ان تحريم اخذ الرشوه على
الحاكم اذا كان له رزق من بيت المال فاما اذا لم يكن له رزق فانه وكان
ممن يجوز ان يفرض له فقال للمتحاكمين لست اقضي بينكما حتى تجعلا لي

وتقابس ع

له

ارفعه من هذا ...

رزقا عليه فانه حينئذ يحل له ذلك وعلى ذلك جرى الجرجاني
في التحرير وقال ابن الصباغ ويجوز مثل ذلك لانه لم يعين انه طلبه من
احدهما واما اخذه من احدهما للحكم بالحق فانه يجري مجرى الهدية
وسنذكرها واعتبر السنجي في جواز ذلك ان يكون مشغولا عن معاشه
بحيث يقطعه النظر عن اكتساب المادة كما قاله في الحاوي اما اذا
لم يقطعه اما لغناه بما يستحصل او لقلة المحاكمات التي لا تمنعه من
الاكتساب لم يجز ان يرتزق من الخصوم ثم اعتبر الماوردي في حالة
الجواز مع ما ذكرناه ثمانية شروط احدها ان يعلم به الخصمان قبل
التحاكم اليه فان لم يعلماه الا بعد الحكم لم يجز ان يرتزقهما الثاني
ان يكون على الطالب والمطلوب ولا ياخذ من احدهما فيصير به
متهوما والثالث ان يكون عن اذن الامام فان لم ياذن لم يجز
والرابع ان لا يجد متطوعا فان وجد لم يجز والخامس ان يعجز الامام
عن دفع رزقه فان قدر لم يجز والسادس ان يكون ما يرتزقه من
الخصوم غير مضر بهم فان اضر بهم واثر عليهم لم يجز والسابع
ان لا يستزيد على قدر الحاجة فان زاد عليها لم يجز والثامن
ان يكون قدر الماخوذ مشهورا يتساوى فيه جميع الخصوم وان
تفاضلوا في المطالبات فان فاضل بينهم لم يجز الا ان يتفاضلوا في
الزمان فيجوز وقال ومثل هذا معرة تدخل على جميع المسلمين ولكن
ما دعت اليه الضرورات ثم واجب على الامام وكافة المسلمين ان يزال
مع الامكان اما بان يتطوع منهم بالقضاء من يكون من اهله واما
ان يقام لها بالكفاية لانه لما كانت ولاية القضاء من فروض
الكفايات كان رزق القاضي بمثابة ولايته فلو اجتمع اهل
البلد مع اعواز بيت المال على ان جعلوا للقاضي من اموالهم رزقا

دار اجاز

دار اجاز وكان اولى من ان ياخذ من اعيان الخصوم وفي الرافعي
ان ابا سعد الهروي قال الاكثرون منعوا اما اذا رزقه اهل ولايته
او واحد من الناس وقال في موضع اخر اعني الرافعي لو رزق
الامام القاضي من مال نفسه او رزقه اهل ولايته او واحد منهم
فالذي خرجه صاحب التلخيص انه لا يجوز له قبوله لكن ذكرنا في
باب الاذان انه كما يجوز ان يكون رزق المؤذن من بيت المال يجوز ان
يكون من مال الامام او واحد من الرعية واطلق الماوردي وصاحب
البحر في كتاب القسمة القول بانه لا يجوز للقاضي ان ياخذ شيئا من
الرعية اذا لم يكن له رزق من بيت المال وفرق بينه وبين القسمة
بما سنذكره فيها ان شاء الله تعالى وحكي عن ابن خيران انه قال ذكر جماعة من
فقهاء اصحاب ابي حنيفة والشافعي اذا لم يكن للقاضي شيء من بيت المال فله
ان ياخذ عشر ما يتولاه من اموال الايتام والوقوف للضرورة ثم بالغ في
الانكار عليه وقال اي ضرورة في هذا اذا لم يتفرغ للقضاء من غير رزق
فليمتنع ومن ذهب الى هذا فكانه ذكر العشر تمثيلا وتقريبا ولا بد من
النظر الى الكفاية واي قدر المال والعمل **تتمة** في الرشوة وجمعها
اربع لغات رشوة ورشا بكسر الراء في المفرد والجمع ورشوة ورشا بالضم
فيهما ورشوة بالكسر ورشا بالضم وعكسهما ورشوة بالفتح وقد رشاه
يرشوه رشوا وارتشى اخذ رشوة واسترشى طلبها **قال** ولا يقبل هدية
ممن لم تكن له عادة بالهدية له قبل الولاية اي وان لم تكن له حكومة لقوله
عليه الصلاة والسلام هدايا العمال غلول وروي سحت واذا كان ذلك في
العامل فمن القاضي اولى وفي الوسيط ان القبول حال عدم المحاكمة والحالة
هذه جائز لكن الاولى ان يثيب او يضع في بيت المال وفي النهاية ان القبول
مكروه في هذه الحالة وهو اشد كراهة من القبول من القبول فيما اذا لم

يكن له عادة بالهدية له قبل الولاية وهو من غير عمله وعلى
ذلك جرى في البسيط والذي اورده العراقيون الاول ودل البغوي
وصاحب الكافي واستدل له بما رواه الشافعي مسندا عن ابي حميد
الساعدي قال استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من بني الازد يقال
له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لي اهدي فقام رسول الله
صلى الله عليه وسلم على المنبر فقال ما بال العامل نبعثه على بعض اعمالنا فيقول
هذا لكم وهذا اهدي لي الا جلس في بيت ابيه او امه فينظر ايهدى اليه ام لا
والذي نفسي بيده لا ياخذ احد منها شيئا الا جاء به يوم القيمة يحمله على رقبته
ان كان بعيرا له رغا او بقرة لها خوار او شاة تيعر ثم رفع يديه حتى راينا
عفر ابطيه ثم قال اللهم هل بلغت اللهم هل بلغت وقد اخرجه مسلم والبخاري
وغيرهم وان اختلفت الفاظهم وابن اللتبية اسمه عبد الله وهو بضم اللام
وسكون التاء ثالثة الحروف وبحركها ايضا وبعدها باء موحدة مكسورة ثم يا اخر الحروف
مشددة ثم تا تانيث وقد قيل ابن الاتبية بضم الهمزة وسكون التاء ثالثة الحروف
وتحرك ايضا وتيعر بفتح التاء ثالثة الحروف وسكون الياء اخر الحروف وبعدها
عين مهملة بفتح وتكسر وراء مهملة الصياح وقيل ان الثغا للضان واليعار
للمعز والجوار بضم الجيم وبعدها همزة الصوت وحكى الاخفش ان بعضهم قرا
عجلا جسدا له جؤار قال ولان من كانت له اي بسبب رحم او مودة ما دامت
له خصومة لان القبول في هذه الحالة يلحقه بالرشوة قال السنجي وهكذا
لو احس انها لخصومة حرم القبول فان لم يكن له خصومة جاز ان يقبل
اي قدر ما جرت عادته بقبوله منه ومثله لخروج ذلك عن سبب الولاية
وهذا ما حكاه ابن الصباغ عن النص في الام ولفظه وما اهدي له ذو رحم
ومودة كان يهاديه قبل الولاية فالترك احب الي ولا باس ان تقبل
وتتمول قال ابن الصباغ ومن اصحابنا من قال لا يجوز قبولها لحديث السابق

اهدي

التاء

عاده

ووجهه

ووجهه في الحاوي بانه لا يجوز ان يحدث له محاكمة فيكون قد
تسبب بالهدية لمماثلته وقضية هذا الكلام من هذا القائل انه لا يجوز
للحاكم ان يقبل الهدية بحال وهو ما اورده الفوراني والمسعودي وعلى
الاول وهو ما ادعى السنجي انه المذهب قال الشيخ والاولى ان لا تقبل
حسما لمادة التهمة بكل حال وظاهر النص في الام الذي قدمناه
يستحب ان لا تقبل وعلى هذا اللفظ جرى القاضي الحسين والامام
والسنجي وابو الطيب اما اذا اهدي اليه اكثر مما جرت عادته به
او ارفع منه مثل ان كان يهاديه بالطعام فصار يهاديه بالثياب لم
يجز قبولها كما صرح به الماوردي وتبعه البغوي وصاحب الكافي لان
الزيادة هدية بالولاية وكان قضية هذا التعليل ان يطرد ذلك في
الهدية للامام وسنذكر عنه ما يخالفه وعلى راي الغزالي والامام لا
يحرم القبول وهذا كله اذا كانت الهدية في عمله من اهل عمله قال
الماوردي ونزوله على اهل عمله ضيفا كقبول الهدية منهم ولو كانت
الهدية في غير عمله من غير اهل عمله لسفره عن عمله قال الماوردي
فنزاهته عنها اولى به من قبولها فان قبلها جاز ولم يمنع منها وحكى
ذلك الفوراني والبغوي ايضا ولفظ الشافعي كما قال ابن الصباغ
فان اهدي اليه في غير عمله وهب له ذلك فان قبل جاز فاجراه الشافعي
مجرى من جرت عادته بالهدية له ومن اصحابنا من حرمه وقد حكى
هذا الوجه السنجي وابو الطيب ايضا وعلى الاول قال في الحاوي لو
نزل ضيفا عليهم فلا يكره ان كان عابر سبيل ويكره ان كان مقيما ولو كانت
الهدية في عمله من غير اهل عمله بان ارسل بها رسولا فان كان
للمهدي حكومة حرم القبول وكذا لو دخل بها بنفسه وان لا حكومة له لانه
صار من عمله بالدخول وان ارسل بها ولا حكومة له ففي جواز قبولها

نفي

وجهان في الحاوي **فرع** ما حكم المال المأخوذ اذا قلنا لا يجوز
اخذه اطلق ابن الصباغ فيه وجهين اتباعا للقاضي ابي الطيب احدهما
يرد الى بيت المال للمصالح لانه اهدي اليه لمكان ولايته وهو منتصب
لمصلحة المسلمين فكان المهدي اهداه للمسلمين يصرف في مصالحهم والثاني
يرد الى صاحبه ثم قال ومن ذلك العامل في الصدقات اذا اهدي اليه ففيه
وجهان احدهما يرد الى الصدقات والثاني يرد الى مالكها والمذهب في تعليق
السنجي في الصورتين الاول وفي الحاوي تخصيص الوجهين في الهدية للقاضي
بالهدية المبتداة التي لا مقابل لها وقال فيما اذا وقعت قبل الحكم فهي
رشوة ترد الى مالكها ويفسد الحكم على المهدي اذا ردها قبله او بعده
وكذلك يفسد له ان ردها قبل الحكم وان ردها بعده ففي نفوذه وجهان
وقال فيما اذا وقعت الهدية بعد الحكم جزاء لما جرى انها ترد على
مهديها وان الحكم معها نافذ وقد حكى الماوردي فيما يفعل بالمال مع
القول بالتحريم وجهين احدهما يرد لمالكه وهو الذي عليه الاكثرون
كما حكاه الامام والثاني ان القاضي يملكه لان الهبة صدرت من
مطلق وكذلك القبول والتحريم محمول على التعريض للتهمة في الامر الظاهر
فالملك لا اضافة الى التحريم كالصلاة في الدار المغصوبة وهذا ما اختاره
صاحب التقريب كما حكاه الفوراني واشار الامام الى ان هذا الخلاف
يقرب من تردد الاصحاب في ان من دخل عليه وقت صلاة في السفر ومعه
ما يكفيه لوضوء فوهبه ممن لا يحتاج اليه لنفسه فهل يملكه وان
الخلاف في مسالتنا مرتب على الخلاف في مسالة الماء وفي التهذيب والكافي
حكاية الخلاف في ملك القاضي له اذا لم يثبه اما اذا اثابه ملكه
وعن القفال ان البذل ان كان ممن له خصومة لم يملكه وان كان
المهدي من اهل ولايته ولا خصومة له وكان لا يعتاد الاهدا قبل

ملكه

يملكه فعلى وجهين وهذا قريب من كلام الماوردي قال مجلي عقيب
هذا الكلام فان قلنا لا يملكه فما الذي يفعل به فيه وجهان احدهما
يدفع لبيت المال والثاني يرد الى مالكه وكانه اخذ هذا من مجموع
الطريقين قال الرافعي والقياس ما ذكره ابو الفرج البزاز وهو انه اذا
لم يعلمها يردها على مالكها فان لم يعرفه وضعت في بيت المال وهذا حكم
الهدايا للقضاة اما الهدايا للولاة فقد قال في الحاوي انها ان كانت
من هدايا دار الاسلام فهي على ثلاثة اقسام احدها ان يهدى اليه من
يستعين به على حق يستوفيه او على ظلم يدفعه عنه او على باطل يعينه
عليه فهذه الرشوة المحرمة ويجب ردها على باذلها ولا يجوز ان يوضع
في بيت المال ويحرم على المهدي البذل في الصورة الاخيرة دون الاولتين
الثاني ان يهدى اليه من كان يهاديه قبل الولاية فان كان بقدر ما كان قبل
الولاية لغير حاجة عرضت فيجوز له قبولها وان اقترن بها حاجة
عرضت اليه فيمتنع من القبول عند الحاجة ويجوز ان يقبلها بعد الحاجة
وان زاد في هديته على قدر العادة لغير حاجة فان كانت الزيادة من جنس
الهدية جاز قبولها لدخولها في المالوف وان كانت من غير جنس الهدية
منع من القبول الثالث ان يهدى اليه من لم يكن يهاديه قبل الولاية
فان كان لاجل ولايته فهو رشوة يحرم عليه اخذها وان كان الباذل
مستحقا للولاية ويجب ردها وهل يحرم البذل فيه كلام ذكرته فيما تقدم
في هذا الباب وان كان لاجل جميل صدر له منه اما واجبا او تبرعا فلا
يجوز قبولها ايضا لانه يصير مكتسبا لمجاملته ويجب ردها ولا يحرم
البذل على المهدي وان كان لا لاجل ولايته ولا المكافاة على جميل فهذه
هدية بعث عليها جاه فان كافاه عليها جاز له قبولها وان لم يكافئ
عليها فلا يقبلها لنفسه وهل يقبلها لبيت المال لان جاه السلطنة

لكافة المسلمين او يردها ولا تقبلها لانه المخصوص بها فيه وجهان
ولا خلاف في ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقبل الهدية لانه كان
يكافي عليها ولا يميله عن الحق شيء فلذلك جاز له ولم يجز لغيره وان كانت
من هدايا دار الحرب جاز له قبول هداياهم ثم ينظر فان كانت قبل
السلطنة كانت الهدية للمسلمين وان كانت لاجل مودة سلفت بينه وبينهم
قبل السلطنة جاز ان يتملكها وان كانت لاجل حاجة عرضت فان كان لا
يقدر على قضائها الا بالسلطنة كان بيت المال احق بها منه وان كان
يقدر عليها بغير السلطنة كان احق بها من بيت المال والهدية للعمال
على جباية الخراج والصدقات ان صدرت من غير اهل عمله فهي كالمهاداة
بين غير الولاة من الرعايا يتملكها وان كان من اهل عمله فان كانت
قبل استيفا الحق منه فهي رشوة يحرم عليه اخذها سواء كان له رزق او لا
وان كانت بعد اخذ الحق منه فان كانت لاجل جميل صدر له منه كان يجب على
العامل فعله لم يجز ان يقبلها لنفسه الا ان يعجل المكافاة وهل يقبلها
لبيت المال او يردها على مالكها فيه وجهان وان كانت بعد اخذ الحق منه على
غير سبب اسلفه فان عجل المكافاة عليها بمثل قيمتها جاز ان يتملكها والا
فثلاثة اوجه احدها انها تقر على العامل لان النبي صلى الله عليه وسلم اقر ابن
اللتبية على الهدية ولم يسترجعها منه والثاني يسترجع لبيت المال ويضم
الى المال الذي استعمل فيه لوصولها بسببه فان راى الامام ما جنتها دار
يحطبه اياها جاز اذا كان مثله يجوز ان يبتدئ بمثلها وان راى ان يشاطره
عليها جاز كما فعل عمر بابنيه حين اخذا مال الفيء قرضا والخرا قرنجا
والثالث ان كان العامل مرتزقا قدر كفايته اخذت منه لبيت المال وان
كان غير مرتزق اقرت عليه ولو كان مرتزقا ولم يكتف برزقه عما عليه
تدعوه الحاجة اليه استرجع منه ما جاوز قدر حاجته هذا قاله

تخريجا

تخريجا لنفسه ويجوز بعد اخذ الحق منه ان يدخل في ضيافته ان كان
مجتازا ولا يجوز ان كان مستوطنا ولا يقبل اخذ الحق منه والهدية من
الرعايا بعضهم لبعض ان كانت لطلب اجل او عاجل فهو مال او مودة
محابيه ومن بعض الصور مستحبة كما تقدم في اول الهبة وان كانت
لاجل شفاعة فان كانت الشفاعة في محظور كطلب محظور او اسقاط
حق او معونة في ظلم فقبولها حرام وان كانت الشفاعة في مباح لا يلزمه
فان شرط الهدية على المشفوع له فقبولها محظور وكذلك ان قال
المهدي هذه الهدية جزا شفاعتك فقبولها محظور ايضا وان لم يشرطها
الشافع وامسك المهدي عن ذكر الجزا فان كان مهاديا له قبل الشفاعة لم
يكره القبول والا كره له القبول ما لم يكافئه عليها فان كافاه لم يكره
فرع يكره للحاكم البيع والشراء في نفقة عياله وملك ضياعه وكذا
الايجار بنفسه لقوله عليه الصلاة والسلام ما عدل وال اتجر في رعيته
ابدا ولانه يشتغل بذلك عن القضاء الذي اخذ الرزق عليه وربما يحابي
والمحاباة هبة قال الشافعي في الام وذلك في مجلس الحكم اكره له
وينبغي ان يكون له وكيل يقوم بذلك ولا يعرف انه وكيله كيلا يحابي
فان عرف وكيلا فعرف بوكالته استبدل به غيره ولو لم يجد من ينوب
عنه تولى ذلك بنفسه لانه لا بد له منه فاذا وقعت لمن بايعه حكومة
استخلف من يحكم بينه وبين خصمه لانه اذا تولى الحكم بنفسه لم يامن
ان يميل اليه قاله في المهذب وهذا التحكيم على وجه الاستحباب كما
اشار اليه الحاوي **قال** ولا يحكم لنفسه ولا لولده اي من فروعه وان
وان علا ولا لوالده اي من فروعه وان سفل ولا لعبده القن او المكاتب
العامل له او له فيه شقص ولا امته اي القنة او المكاتبة او ام الولد
لما يلحقه في ذلك من التهمة ولانه اذا لم يجز الشهادة لهم فالحكم

[margin: اي ق]

وهو فوق الشهاده اولى فان فان اتفق لاحد منهم خصومه حكم فيها بعض
خلفائه اذ لا تهمه تلحقه وهذا ما اورده القاضي ابو الطيب وابن
الصباغ والبغوي وغيرهم وقالوا اذا لم يكن له خليفه ترافعا الى قاضي
بلد اخر وان كانا في بلد الامام ترافعا اليه وقيل ان قلنا ان الخليفه
ينعزل بموته لم يحكم له كذا قاله الغزالي وهو مطرد في ابعاضه كما
قاله الرافعي وجعله ابن يونس الاظهر فيما اذا كانت الخصومه له
وقد حكى الماوردي هذا الوجه ولم يسمه على ما ذكره بعض الشارحين فقال
اذا ترافع الامام الاعظم وبعض رعيته الى احد القضاه ان لا يحكم له
اذا قلنا ان القاضي ينعزل بموت الامام كما سنذكره وقد جزم الماوردي
وغيره بجواز الحكم له لان القضاه ولاه في حقوق المسلمين وان صدرت عن
الامام ولايتهم وقد حاكم علي يهوديا الى شريح في درع وهو قاضيه وعمر
حاكم ابي بن كعب الى زيد بن ثابت وعثمان حاكم طلحه الى جبير بن مطعم ولم
ينكر ذلك احد والفرق بين القاضي والامام على هذا الراي ان القاضي
يمكنه الرافع الى قاض اخر او الى الامام وليس كذلك الامام ولو امتنع
ذلك وقد استدل بعضهم على جواز حكم الخليفه لقاضيه بفعل هولاء
الصحابه والفرق الذي ذكرناه يمنع الاستدلال وما ذكره الشيخ من
منع الحكم للوالد ونحوه هو المشهور في الطرق وقد اختلف كلام
الماوردي فيه فقال قبيل كتاب الشهادات ان حكمه لهم مردود في قول
جميع الفقها وحكى عن ابي ثور جوازه كالحكم لغيره قال وهو خطا لان
الحكم اقوى من الشهاده وهو ممنوع من الشهاده لهم فكان اولى ان يمنع
من الحكم لهم وقال قبل كتاب قاض الى قاض باربعه اوراق في جواز حكمه
لوالديه ومولوديه اوجه احدها لا يجوز حكمه لهم كالشهاده والثاني
يجوز وان لم يجز ان يشهد لهم لان طريق الحكم ظاهر وطريق الشهاده

باطن

يجوز أن

باطن فتوجهت اليه التهمه في الشهاده ولم تتوجه اليه في الحكم
والثالث انه يجوز ان يحكم لهم بالاقرار ولا يحكم لهم بالبينه لانه قد
يتهم بان يعدل منها من ليس بعدل ولا يتهم في الاقرار وكلام الامام
يقرب من هذا الاحتمال بعد حكايه ما ذكره الشيخ عن الاصحاب
والاصح تفصيل فيقول قضاوه له بعلمه مردود وان جوزنا القضا بالعلم
قياسا على الشهاده واما اذا قضى له ببينه ففيه وجهان اصحهما
كما قال عبد السلام في تزكيه الوالد للولد انه يقضي وقال في الوسيط
الاصح انه لا يقضي اذ اليه الاستقصا في دقايق ادا الشهاده
والرد بالتهمه واليه التسامح فيه وهذا الحكم اخذه من كلام الامام
الذي سنذكره من بعد وقد حكى الفوراني وجها انه يحكم لهم اذا
قبلنا الشهاده لهم وقد حكاه صاحب التلخيص ايضا ثم على المذهب
فروع احدها اذا تحاكم اليه ولده ووالده ففي الحكم لاحدهما على الاخر
وجهان محتملان في الحاوي اشار اليهما في المهذب بقوله فقد قال
بعض اصحابنا انه يحتمل وجهين والظاهر من الرافعي وهو الذي اورده
البغوي المنع ومقابله هو المختار في المرشد لانهما استويا في القرب
فانتفت عنه تهمه الميل الثاني لو سمع البينه وفوض القضا الى
غيره فهل يجوز فيه وجهان حكاهما الامام ثم قال والوجه عندنا ان
يقال لا يقبل تحمله البينه فيما يتعلق بولده وكذلك اذا كان هو الناقل
وفي تعليق القاضي الحسين ان ظاهر ما ذكره في المختصر انه يسمع منه
الدعوى ويسمع منه البينه ولا يقضي له لانه قال رد حكمه فخص
الحكم بالرد ونص عليه فدل على ان ما عدا الحكم غير مردود وحكى مع
ذلك احتمالا للقفال في المنع الثالث للوالد تحليف الولد عند
الدعوى عليه وان كان فيه تفريغ ذمته واسقاط المطالبه عنه كذا

قاله القاضي الحسين وتبعه في الحكم البغوي وصاحب الكافي وقالا
لأن التحليف ليس بحكم بل هو قطع للخصومة وقالا أيضا انه اذا
أقام المدعي على الأمين بينة فأراد الأمين دفعها ببينة أخرى لم يسمعها
بل يسمعها خليفته أما الحكم على من امتنع الحكم له فلا إشكال في نفوذه
في حق الوالد والوصي في معناه والعبد والأمة وأما في حق نفسه فقد
قال في الحاوي إنه لو احتيج له لكن لا يكون ذلك إقرارا أو حكما فيه وجهان
فإن قلنا يكون إقرارا صح فيما يصح منه الإقرار به ويرد فيما لا يلزم
الإقرار به كشفعة الجوار إذا قال حكمت بها على نفسي للجار وإن قلنا
يكون حكما على نفسه فإذا حكم عليها بشفعة الجوار لزمته وإذا حكم
عليها بمقاسمة الأخوة الجد في الميراث وكان جدا نفذ حكمه وعلى
ما يحرز فيه العدو وإذا حكم عليه عدوه لا ينفذ حكمه وإذا حكم له بعد
حكمه كما حكاه القاضي الحسين والغزالي وغيرهما وفي الحاوي عند الكلام
في التحكيم في نفوذ الحكم عليه ثلاثة أوجه أحدها لا يجوز أن يحكم عليه
بولاية القضاء ولا بولاية التحكيم كالشهادة والثاني يجوز بهما بخلاف
الشهادة والفرق أن أسباب الحكم ظاهرة وأسباب الشهادة خفية
فانتفت التهمة عنه في الحكم ووجدت في الشهادة وهذا ما جزم به في
الأحكام السلطانية وقيل كتاب قاض إلى قاض كما ذكرنا وقال الرافعي لما
وقف من كلامه على هذه الطريقة وهذا يشكل بالتسوية بينهما في حق
الأجانب وفرق الماوردي بينهما بفرقين أحدهما أن أسباب العداوة حادثة
تزول بعد وجودها وتحدث بعد عدمها وأسباب الأنساب لازمة لا
تحول ولا تزول فغلظت هذه وخففت تلك والثاني أن الأنساب محصورة
متعينة والعداوة منتشرة مشتبهة تفضي بترك الحكم معها إلى امتناع
كل مطلوب بما يدعيه من العداوة والثالث يجوز بولاية التحكيم لانعقادها

عن اختيار

عن اختياره ولا يجوز بولاية القضاء لانعقادها بغير اختياره **تنبيه**
مراد الشيخ بالحكم لعبده وأمته فيما ليس بمال إذا كان رقيقا كالقصاص
في الأطراف على رأيه الذي حكيناه عنه في باب العفو والقصاص والتعزير
على رأيه ورأي غيره وكذا في المال إذا كان العبد هو المتصرف فيه بأن
كان مكاتبا والحاكم في حوله حكم فيها بعض خلفائه بحقه **فرع** وصي
اليتيم إذا ولي القضاء لا يقضي له لأنه خصم في حقه كما هو في حق نفسه
وولده وهذا ما اختاره ابن الحداد وقال القفال يقضي لأن كل قاض فهو
ولي الأيتام وقال في الوسيط وتبعه صاحب الإشراف والرافعي وهو
الصحيح ولأجل ذلك قال ابن أبي الدم إنه الصحيح عند متأخري الأصحاب
وعليه العمل في الأمصار **قال** ومن تعين عليه القضاء وهو مستغن
لم يجز أن يأخذ عليه الرزق من بيت المال لأنه فرض تعين عليه فلم يجز أن
يأخذ لإسقاطه بدلا كما لا يجوز أن يعتق الرقبة الواجبة في الكفارة بعوض
عليها ولا إخراج الزكاة بعوض يشترطه على المسكين والفقير وفي الرافعي أن
صاحب التقريب قال يجوز أخذ الرزق في هذه الحالة كصاحب الطعام في
المخمصة وهذا ما حكاه في الإشراف عن أصحابنا بالعراق والأول عن
أصحابنا بخراسان ولأجله قال الشيخ أبو علي كما حكاه ابن أبي الدم المعروف
لأصحابنا أنه لا يجوز. وإن كان محتاجا جاز لأنه لا يلزمه تضييع أمر نفسه
لمراعاة حق غيره قال البندنيجي وغيره إذا أخذ الرزق في هذه الحالة قام
بفرضين فرضية القضاء وفرضية الإنفاق على نفسه وعياله والحاجة
تتحقق بأن لا يكون له مال ولا كسب أو له كسب لكن ينقطع عنه
بسبب القضاء ثم المأخوذ في هذه الحالة ما يحتاج إليه لنفسه ولخادمه
من غير إسراف ولا تقتير كما قاله الماوردي قال في التهذيب والكافي
ويعتبر في الكسوة ما يليق بحاله في زمانه ولا يستحق ذلك إلا من خبز

وصوله لعمله ونظره فيه او تصديه للنظر وان لم ينظر كالاجير
في العمل اذا سلم نفسه الى المستاجر فلم يستعمله ولو لم يتصد فلا رزق
له قاله الماوردي قبل الكلام في العزل **قال** ومن لم يتعين عليه جاز ان
ياخذ ما يحتاج اليه لنفسه ولخادمه لما روى ابو داود عن عبد الله بن
بريده عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استعملناه على عمل فرزقناه
رزقا فما اخذ بعد ذلك فهو غلول وان عمر استقضى شريحا وجعل له
في كل شهر مائة درهم فلما افضت الخلافة الى علي جعل له في كل سنة
خمسمائة درهم وقد اخذ زيد بن ثابت على القضاء رزقا ولان الله تعالى جعل
للعاملين على الصدقات جزءا منها والقضاة بذلك اولى لان النفع بهم اعم
ولان ما لا يتعين فرضه يجوز اخذ الرزق عليه كغسل الميت وحمله ودفنه
قال الماوردي ويكون هذا الرزق جعالة ولا يكون اجرة لان الاجرة مستحقة
بعقد لازم والجعالة مستحقة بعقد جائز والقضاء من العقود الجائزة
فلذلك كان الرزق عليه جعلا وما ذكره من الحكم ينطبق عليه قول ابن الصباغ
لا يجوز عقد الاجارة على القضاء ووجهه بانه عمل غير معلوم والشيخ
ابو حامد ووجهه بانه عمل لا يعمله الغير عن الغير وانما يقع عن نفسه
ويعود نفعه على الغير قال البندنيجي ومن اصحابنا من شبهها بما لا يجوز اخذ
الاجرة على القضاء وعن فتاوى القاضي الحسين الحاق ذلك بالاذان حتى يجوز
الاجارة عليه على راي لان كل واحد منهما يعود نفعه الى عامة المسلمين
وللقرطاس الذي يكتب فيه المحاضر لان الحاكم لا يستغني عن اثبات
الحجج والمحاكمات وكتب المحاضر خشية من النسيان وذلك من عموم
المصالح فكان بيت المال احق بها وفي معنى ذلك ارزاق اعوانه من كاتب
وحاجب ونائب وقاسم وسجان واجرة سجن او نحوه واجير يحضر
الخصوم قال البندنيجي وقد بينا انه ممن ياخذ الجعل على عمل الخير

فقال ولو ان

فقال ولو ان القاضي والقاسم وكاتب القاضي وصاحب الديوان وصاحب
بيت المال والمؤذنين لم ياخذوا جعلا وعملوا محتسبين كان احب الي
وان اخذوا جعلا لم يحرم عليهم عندي وبعضهم اعذر في اخذ الجعل
من بعض وما منهم من احد كان احب الي ان يترك الجعل من المؤذنين ولا
باس ان ياخذ الامام على الحج اذا كان قد حج عن نفسه وان ياخذ الجعل على
ان يكتال للناس ويزن لهم ويعلمهم القرآن والنحو وما يتادبون به من
الشعر مما ليس بمكروه **قال** وان احتسب ولم ياخذ لنفسه وخادمه
فهو افضل ليقع اجره على الله تعالى ولانه ابعد عن التهمة وحكى ابن الرفعة
عن الشيخ ابي علي انه يحرم له اخذه والحالة هذه ومحل الحل فيما اذا لم يجد
متطوعا بالقضاء فان وجد وهو صالح فلا يجوز ان يعطى من بيت المال صرح
به الماوردي وصاحب البيان واشار اليه البندنيجي وابن الصباغ حيث
قالا ولا يولي من يطلب على القضاء رزقا فان لم يجد كان له ان يولي من يعطيه
رزقا على نظره **فرع** اذا تعذر الاخذ من بيت المال فامر ما ياخذ القاضي من
الخصوم وغيرهم قد تقدم واما القرطاس والختم فعن القاضي انه يقول
للطالب ان شئت فات بصحيفة تكتب فيها شهادة شاهديك وكتاب حضور منك
ولا اكرهك ولا اقبل ان يشهد لك شاهد بلا كتاب فانسى شهادته
واختلف الاصحاب في مراده بقوله ولا اقبل ان يشهد لك الا احمد على وجوه ليس
هذا الكتاب موضوعا لمثلها وان كنت قد ذكرتها في المتممة ومما ذكره الشيخ
من تحريم اخذ الرزق وجوازه قال ابن الصباغ والبندنيجي هو جار في تحمل
الشهادة وادائها واقامة الصلاة والاذان وهكذا العون يكون على
من ارسله في طلب خصمه وكذا اجرة السجان تكون على صاحب الحق لانه
كالاجير له لحفظ مديونه صرح به الرسلي بخلاف اجرة السجن فانها
على المحبوس **فرع** اذا جعل الامام على القضاء رزقا فان سماه للاصل

اختص به وان سمى القضا شارك به عنه خلفاوه بحسب ما يقوم
في النظر وهذه العمل فان عزل من استخلفه وقام بعمله جاز ان ياخذ
رزقه وان لم يقم به لم يجز ان ياخذه قاله في البحر عند الكلام في الاستخلاف
قال ويحضر الولايم اي يحضر من ليس له خصومة ولم يعملها له لخصوصه لان
الاجابة الى الوليمة فرض على الاعيان على قول بعض اصحابنا وعلى قول
اخرين فرض على الكفاية وحضور غيرها من الدعوات مستحبة والجمع بين
الفرضين فرض الحكم وفرض الاجابة او بين فرض الحكم واستحباب الاجابة
اولى من افراد احدهما هكذا اورده القاضي ابو الطيب وكلامه في المهذب
يميل اليه ومختصر ما حكاه الماوردي ثلاثة اوجه احدها ان الاجابة فرض عليه
كما هي فرض على غيره فيأثم بالترك والثاني لا تجب الاجابة عليه وان
وجبت على غيره على وجه بل هي مستحبة قال في البحر واخذ هذا من قول
الشافعي ولا احب ان يتخلف عن الوليمة اما ان يجيب كلا او يترك كلا فلم يجعلها
واجبة بل جعلها مستحبة وهذا قول ابي علي ابن ابي هريرة ولم يورد ابن
الصباغ سواه وهو الذي صححه في البحر وقال هذا ابلغ مذهبا والثالث ان كان
مرتزقا لم يحضر لانه اجير المسلمين فلم يجز ان يفوت عليهم حقهم من زمانه
وان كان متطوعا غير مرتزق حضر وكان كغيره من الناس وهذا احكم
الاكمل ثم على كل حال اذا حضر المرتزق فان قل زمان حضوره كاليوم
وما قاربه لم يلزمه رد شي من رزقه وان طال واقل زمان طوله ثلاثة
ايام رد من رزقه بقسط ما اخل من نظره ذكره في الحاوي اما اذا كان
لصاحب الوليمة محاكمة اولا وعملت للقاضي لخصوصه فهي كالهدية وفي
التهذيب انه يكره ان يجيب الى دعوة حضرها القاضي او الاغنيا فان
دعي جيرانه وهو فيهم او دعي العلما والقاضي منهم لم يكره الاجابة
وفي تعليق القاضي الحسين انه ان دعي مع العامة لا يكره له الاجابة

وكذلك اذا دعاه مع جيرانه وان دعاه مع السادة والمشايخ يكره
له الاجابة لان الداعي ربما يظن انه يتخذ عنده يدا يجمعه بلينه ويلهيهم فيطمع
ان يميل فيما يرجع اليه من خصوماته قلت وما اطلقه من ذكر العامة لعله
محمول على من ليس يستقله منهم ولا من اراذلهم فاما المتصفين بذلك فقد ذكر نا
في باب الوليمة ان الظاهر من الوجهين انه لا تجب الاجابة في هذه الحالة ولا
تستحب واذا كان ذلك فقد حضر اما اليسير مطلوب للشارع فيسعى ان يمتنع
قال ويشهد مقدم الغايب لان هذه قربة يندب اليها جميع الناس فكان الولاة
فيها كغيرهم لان المقصود بها طاعة الله تعالى وطلب ثوابه ومقدم الغايب
بفتح الميم والدال وكذ ومه ويسوى بين الناس في ذلك تطييبا لقلوبهم
وتحاشيا عن الميل فان كثر عليه وقطعه عن الحكم امتنع في حق الكل
لان القضا لا يقوم فيه غيره مقامه وفي حضوره عند الجميع قطع له
عنه وفي حضوره عند قوم دون اخرين ترجيح يورث ضغائن في النفوس
قال الشافعي ويعتذر الى الذي يدعوه يعرفه اشتغاله بالحكم ويسأله ان
يحلله قال في البحر والاولى في زماننا هذا ان لا يجيب احدا لان الاسرار قد
خبثت والظنون قد تغيرت ولانه يعتذر اليهم ويسألهم التحلل والحق
في الابانة بحاله الكريم ما اذا وجد من طبعه انه لا يجيب غير الداعي اذا دا
دعاه وقال ان محل جواز الاجابة ما اذا كان يجد من طبعه انه يجيب
غيره ثم ظاهر ما حكيناه من تعليل القاضي ابي الطيب لجواز حضوره الولايم
يقتضي استحباب الاجابة في وليمة العرس وغيرها وعليه ينطبق قول البغوي ي
ولا يستحب للقاضي التخلف عن الولايم اذا دعي اليها خصوصا وليمة العرس
والختان قال ويعود المرضى ويشهد الجنائز لما في ذلك من وافر الاجر
وكامل الثواب روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال عائد المريض في مخرف من
مخارف الجنة حتى يرجع والمخرف البستان وقيل الطريق قاله القلعي وعاد

صلى الله عليه وسلم سعدا وجابرا في مرضهما وعاد غلاما يهوديا في جواره
وعرض عليه الإسلام فأجاب فإن كثر عليه أي من ذلك ما لا يقطعه
عن الحكم قال الماوردي والفرق بين هذين وحضور الولائم من وجهين
أحدهما أن الولائم من حقوق الداعي فاستوى جميع الدعاة في استحقاق
الإجابة والعيادة وحضور الجنائز من حقوقه لأنه يقصد به الثواب
فجاز أن يخص والثاني أن في الولائم طعمة ليست في العيادة والجنازة فكان
العموم فيهما مزيلا للظنة قال القاضي أبو الطيب وهو في البحر ولأن
عيادة المرضى والجنائز تكثر وفي حضوره كلها مشقة شديدة وانقطاعه
عما عليه من النظر وفي ترك البعض تعريض للآخر للطعن وهذا خلاف الولائم
فإنها قليلة في العادة فالاستيعاب لا يقطعه ولأن الأكل لا يمكن استيعابه
لا يكون تخصيص البعض دون البعض فيه ميلا وتفضيلا قال أبو الطيب
ألا ترى أنه لو اصطلح هو وخصوم كان له أن يدعو البعض ويدع البعض لعدم
إمكان الاستيعاب قال في الشامل ويقدم فيها الأقرب فالأقرب وقد
ألحق الماوردي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والبندنيجي والبغوي
والمصنف في المهذب مقدم الغائب بالعيادة نظرا إلى الكثرة وحكي
في البحر أن ابن المرزبان قال سمعت القاضي أبا حامد يقول الصحيح أن يعود
الكل ويترك الكل وكذلك في الجنائز ومقدم الغائب قال الروياني وهذا
خلاف ما قاله سائر أصحابنا والشافعي ذكر ذلك في إجابة الوليمة دون
غيرها فلا يصح هذا القول قلت وإذا عرفت ذلك علمت أن الشيخ في هذا
الكتاب أخذ بقول القاضي أبي حامد في مقدم الغائب لقربه من حضور الولائم في
الطعمة به وأمكن تصحيحه ونقول بأن الأصحاب في عيادة المرضى وشهادة
الجنائز والله أعلم قال ولا يقضي وهو غضبان ولا جائع أي جوعا شديدا ولا عطشان
أي كذلك ولا مهموم أي هما كثيرا ولا فرحان أي كذلك ولا يقضي والنعاس يغلبه ولا

يقضي

يقضي والمرض يقلقه ولا يقضي وهو حاقن أي يدافع البول ولا حاقب أي
يدافع الغائط ولا في حر مقلق ولا برد مؤلم والأصل في ذلك ما روي أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقضي الحاكم بين اثنين وهو غضبان خرجه البخاري
ومسلم وروى الشافعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقضي القاضي بين
اثنين وهو غضبان قال الأصحاب ومعلوم أنه ما أراد الغضب بنفسه وإنما
أراد الاضطراب الذي يحصل بالغضب وهذا أخذ من قول الشافعي ومعقول
في قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يحكم الحاكم بين اثنين أو لا يقضي القاضي بين اثنين
وهو غضبان أنه أراد أن يكون القاضي حين يحكم في حال لا يتغير فيها عقله
ولا خلقه وإذا كان كذلك فهذه الأحوال يتغير فيها عقله فالنهي عن الحكم
فيها مأخوذ من النص ومؤيد أنه جاء في رواية عن عبد الرحمن بن أبي بكرة
عن أبيه وهو راوي حديث مسلم والبخاري السابق أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لا يقضي وهو غضبان ولا مهموم ولا مصاب ولا يقضي وهو جائع وعن
أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقضي الحاكم إلا وهو
شبعان ريان وما ذكرناه من أن عمر كتب إلى أبي موسى الأشعري إياك
والضجر والقلق والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومة والمعنى فيه
أنه في هذه الأحوال لا يتوفر على الاجتهاد لتشغل قلبه وهذا المنع
على وجه الكراهة صرح به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وصاحب الكافي
وكلام الماوردي يقتضي أن الأولى عدم الحكم في هذه الأحوال قال فإن حكم
في هذه الأحوال نفذ حكمه قال الأصحاب لما روى البخاري ومسلم
عن عبد الله بن الزبير عن أبيه أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير في شراج
الحرة التي يسقون بها فقال الأنصاري سرح الماء يمر فأبى عليه الزبير
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك
فغضب الأنصاري فقال يا رسول الله أن كان ابن عمتك فتلون وجه

وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع
الى الجدر فقال الزبير فوالله اني لاحسب هذه الاية نزلت في ذلك فلا
وربك لا يؤمنون الاية وفي الحاوي في اوائل كتاب الاقضية انه قيل ان خصم
الزبير كان حاطب بن ابي بلتعة قال الاصحاب ووجه الدلالة من هذا الخبر
ان النبي صلى الله عليه وسلم حكم في حال غضبه وللتنبيه فيه نظر من وجهين احدهما
ان الامام وصاحب التهذيب وجماعة كالرافعي قالوا ان الغضب المنهي عنه
الحاكم فيه هو الواقع لغير الله تعالى اما الواقع لله تعالى في الحكم فلا يكون منهيا
عنه وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذه الواقعة لله تعالى فلا يستدل الحكم
فيه على نفوذه في غيره وهذا فيه بعد لان المحذور من الحكم في هذه الحالة كونها
كادت لا يعلم بتوقف على الاجتهاد وذلك لا يختلف بين ان يكون لله او لغيره
ولذلك ان صاحب البحر بعد ان حكاه عن بعض الاصحاب بخراسان قال وهو غريب
الثاني انا اذا قلنا انه صلى الله عليه وسلم لا يحكم الا عن وحي فالمعنى الذي لاجله
نهي عن الحكم بسببه منتف في حقه ولا يستدل بفعله الذي لم يشارك الامة
في سببه على فعل غيره وان قلنا بالاجتهاد وعليه جمهور اهل العلم وهو الظاهر
من مذهب الشافعي كما قال الماوردي في كتاب الاقضية ان له ولغيره من
الانبياء عليهم الصلاة والسلام ان يجتهدوا وبعد اختلاف اصحاب الشافعي في انهم
في اجتهادهم معصومون من الخطا او لا على وجهين احدهما انهم معصومون
لئلا يفضي البعض الى التزام او امرهم باتقاء الخطا عن اخبارهم وعلى هذا لا
يحسن التمسك به ايضا نعم ان قلنا بالثاني وهو انهم غير معصومين من الخطا
لوجوده منهم لكنهم لا يقرهم الله تعالى عليه لنزول الارتياب فعل يحتج به
تنبيه شراج الحرة بكسر الشين المعجمة واحدها شرجة بفتح الشين مسيل
الماء من الحرار الى السهل والحرة كل ارض ذات حجارة سود وذلك المسيل جرها
درج الشمس فيها والجدر بفتح الجيم وسكون الدال المهملة الجدار وقيل المراد به

هنا اصل

هنا اصل الحائط وقيل اصل الشجر وقيل جذور المشارب التي يجتمع [illegible]
فيها الماء في اصول النخل **قال** المستحب ان يجلس للقضاء في موضع فسيح
اي كالرحبة والفضاء كيلا يتأذى بضيقه الخصوم ولا يتزاحم فيه الشيخ
والعجوز والحاصل فيه يلك صل صل حيز المجالس ما ساغ فيه البصر **قال** بارز اي
يعرفه الخاص والعام يصل اليه كل احد اي من مستوطن وغريب وقوي وضعيف
ليصل كل احد الى طلب حقه ودفع الظلم عن نفسه وفي هذا اشارة الى انه لا يكون
له حاجب في حال جلوسه للقضاء كما تقدم قال الاصحاب ويستحب ان يكون المجلس
كله في الصيف ظليلا متصلا بمهاب الرياح وفي الشتاء كنينا وان يكون في
الزمنين بعيدا عن دخان يتأذى به او رائحة منتنة واستحب ابو عبد الله حمويه
من اصحابنا وغيره ان يكون موضع جلوسه مشرفا كدكة ونحوها ليسهل عليه
النظر الى الناس وعليهم المطالبة قال الرافعي وحسن ان يوطا له الفرش وتوضع
الوسائد ليعرفه كل داخل وليكون اهيب عند الخصوم وارفق به فلا يمل
وذلك حتى يبسط البساط نحو ابن الصباغ وغيره قال الماوردي وليكن مع
ذلك جلوسه في صدر مجلسه ليعرفه الداخل بمقابلته النظر ولو خالف
القاضي وطلب للقضاء بيته كان مكروها صرح به صاحب المرشد وغيره ولو
جلس فيه لعذر الحكم بحضرة خصمان يلازمه للحكم بينهما لانه عليه الصلاة والسلام
فعل ذلك وكذا عمر مع ابي بن كعب الى زيد بن ثابت في بيته وقال عمر في بيته يؤتى
الحكم نعم لو كثرت المحاكمات خرج الى المجلس **قال** ولا يحتجب الا لعذر كما تقدم
وظاهر هذا الكلام من الشيخ يقتضي ان اوقات القاضي كلها تصرف في الانتصاب
لفصل القضاء اذ لم يستثن الا عذر وعليه ينطبق قول القاضي الحسين ابن حزم
للقاضي الحسن انه يحق للقاضي ان يعين يوما او يومين من الاسبوع للقضاء بل
ينبغي ان يكون مترصدا للقضاء في جميع الاوقات الا في اوقات الاستراحة والاكل
والشرب وفي الحاوي انه يجعل زمان نظره معينا من الايام ليناهب الناس

للحاكم اليه فان كثرت المحاكمات ولم يتسع لها بعض الايام لزمه النظر
في كل يوم ويكون وقت نظره من اليوم معروفا ليكون باقيه مخصوصا في
امور نفسه ولراحته ودعته وان قلت المحاكمات واتسع لها بعض
الايام جعل يوم نظره في الاسبوع مخصوصا بحسب الحاجة من يوم فيه
او يومين او ثلاثة ويختار ان يكون ايام نظره من الاسبوع السبت والاثنين
والخميس فان تجدد في غير يوم النظر ما لا يمكن تاخيره فيه نظر ولم يوخره
وقال في التهذيب انه لا يجوز ان يوخر النظر اذا وقعت لانسان خصومة الا
ان يكون مشغولا بصلاة او اكل او مهم فلا باس بالتاخير الى الفراغ منه.
ولا يجلس للقضا في المسجد لما روى ابن بريدة عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
سمع رجلا ينشد ضالة له في المسجد فقال لا وجدتها انما بنيت المساجد
لذكر الله تعالى والصلاة فدل على كراهة ما عداهما فيه وروى معاذ ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع اصواتكم وخصوماتكم و
حدودكم وسل سيوفكم وشراكم وبيعكم وقد نهى عمر القضاة ان يقضوا في المساجد
والمعنى فيه ان حضور الخصوم لا يخلو من لغط وربما تعدى الى سب
ومشاتمة والمساجد تصان عن هذا ولانه ربما كان في القوم جنب وحائض
وكافر فان اتفق جلوسه فيه اي لاعتكاف او لانتظار صلاة فيه فحضره
الخصمان لم يكره ان يحكم بينهما لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في المسجد
على هذا الوجه وقال الحسن دخلت المسجد فرايت عثمان قد القى رداه
على كومة حصا ونام عليه فاتاه سقا بقربة ومعه خصم فجلس عثمان
وقضى بينهما ولم ينكره احد وعلى مثل هذه الحالة حمل اصحابنا قضا
عمر وعلي بين الناس في المسجد ثم في قول الشيخ لم يكره ان يحكم بينهما ما
يعرفك ان الحكم فيه في غير هذه الحالة مكروه وهو ما اورده الفوراني
وفي الرافعي والتهذيب حكاية وجه انه لا يكره اتخاذ المسجد مجلسا

للحكم

للحكم وهو مذهب مالك واحمد واحدى الروايتين عن ابي حنيفة قال لا
يكره الجلوس فيه للفتوى وتعليم القران والعلم وهذا اخذ من نص
الشافعي في موضع اخر على انه لا يستحب جلوسه للقضا في المسجد
والى ذلك اشار في الوسيط وكلام المزني يشير الى ان اتخاذه مجلسا لا
يكره لكن الاولى تركه والصحيح الكراهة وهي كراهة تنزيه كما صرح به في
البحر وغيره وعلى هذا الوجه لو قعد فيه جاز قاله ابن [illegible] ويستحب
ان يجلس مستقبل القبلة لما روى عبد الله بن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
لكل شيء شرف وان اشرف المجالس ما استقبل به القبلة ولان الجلوس للحكم بين
الناس قربة وطاعة فاستحب فيه استقبال القبلة كالصلاة والاذان
وحكى ابن [illegible] عن ابن القاص انه قال في ادب القضا يجلس مستدبر القبلة
ووجهه مقابل لاهل المجلس وهم يستقبلون القبلة كما يفعله الخطيب بالناس
يوم الجمعة وقد حكاه ابن ابي الدم عن رواية الحاوي على انفراده ويجلس وعليه السكينة
والوقار لانه اعظم لهيبته وادعى لطاعته قال الماوردي وليكن ايضا غاض
الطرف كثير الصمت قليل الكلام يقتصر من كلامه على سوال او جواب ولا
يرفع بكلامه صوتا الا لزجر او تاديب وليقلل الحركة والاشارة والذي
ذكره ابو الطيب فكثرة الكلام لانه تذهب الهيبة ومن غير جبرية واستكبار
في الهيبة الخصوم واصحاب الحقوق والجبرية بفتح الجيم والباء ساكنة الحروف
الكبر والتعظم والارتفاع والقهر ويقال جبروة بالواو وجبورة بفتح الجيم
وضم البا المشددة والاستكبار والكبر اصله الانفة مما لا ينبغي ان يانف منه
قال القاضي ابو الطيب ولا يليق به مد رجليه في المجلس ولا الاتكا ويحكى عن
احمد الكراهة في الاتكا لما روي انه عليه الصلاة والسلام راى رجلا جالسا
وقد اتكا على يده اليسرى فقال هذه جلسة المغضوب عليهم وانكر الاتكا
قال الاصحاب ويستحب ان يدعو عقيب جلوسه بالتوفيق والعصمة والتسديد

والاولى فيه ما روته ام سلمة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا خرج من بيته قال
اللهم اني اعوذ بك ان ازل او اضل او اظلم او اظلم او اجهل او يجهل علي وروي
ان الشعبي كان يقولهن ويزيد عليهن او اعتدي او يعتدى علي اللهم اعني
بالعلم وزيني بالحلم واكرمني بالتقوى حتى لا انطق الا بالحق ولا اقضي الا
بالعدل قال في الحاوي ويستحب ان يكون جلوسه عقب صلاة ركعتين فان كان
جلوسه في المسجد كانت الصلاة تحية وان كان في غير المسجد فلا يصليها في
اوقات الكراهة ولم يذكر ابن الصباغ الصلاة فيما اذا كان في غير المسجد وقال
يصلي اذا كان في المسجد وكذلك السنجي قال ذلك وصورها بما اذا الحق لعذر من
مطر او غيره وقال فيما اذا كان في غير المسجد هو مخير ان شاء صلى وان شاء ترك اذا لم
يكن في وقت الكراهة ويستحب عند خروجه للحكم ان يخرج على الهيئة التي يجلس عليها اما
راكبا ان كان له مركوب او ماشيا ذكره القاضي ابو الطيب وابن الصباغ وفي الرافعي
انه يستحب ان يكون راكبا ويسلم على كل من يلقاه يمينا وشمالا لما روي انه صلى الله عليه وسلم
قال يسلم الراكب على الماشي والماشي على القاعد والقليل على الكثير وفي رواية
اخرى يسلم الماشي على القائم والقائم على القاعد وهذا السلام ادب كما قاله
الماوردي في السير ثم اذا دخل مجلسه سلم على الخصوم المجتمعين فيه ويردون
عليه السلام او بعضهم وينادي من على راسه هل من خصم وكان اللائق
ان يذكر هذا قبل الجلوس لان يبدا الكتاب اسمعني باخره د. ويترك بين يديه
القمطر مختوما ليترك عنه ما يجتمع من المحاضر ونحوها والقمطر بكسر القاف
وفتح الميم وسكون الطاء ما يصان فيه الكتب وجمعه قماطر ويقال فيه
قمطرة بالهاء وعن ابن يونس ان اصل القمطر دفاتر الحساب وغيرها
تضم وتجمع في مكان واحد وتعبا وتشد يقال قمطرت الحساب قمطرة
اذا عبيته وشددته ويجلس الكاتب بقربه ليشاهد ما يمليه القاضي ما
يكتبه اي من اقرار او سماع بينة او تنفيذ حكم وذكر سببه مع ذكر المحكوم له

والتحري

والمحكوم على

والمحكوم عليه وكذا حلاهما عند الجهالة والمحكوم به والحكمة في ذلك
انتفا التهمة عن الكاتب وصيانته من غلط يقع فيه ان اتفق قال الماوردي
والقاضي فيما يكتبه الكاتب من ذلك بين امرين اما ان يلقيه عليه حتى يكتبه
من لفظه او يكتبه الكاتب بالفاظه والقاضي ينظر اليه او يقراه بعد كتابته
ويعلم فيه القاضي بخطه ويشهد به على نفسه ليكون حجة للمتحاكمين وليكتب
الكاتب ذلك نسختين يكون احداهما في ديوان القاضي والاخرى في يد المحكوم له
فان قصر القاضي فيما وصفناه كان مفرطا في حقوق ولايته وحقوق الخصوم
ثم الجهة التي يجلس فيها الكاتب جهة اليسار كما ذكره الماوردي وغيره وفي
الشامل والرافعي ايضا بين يديه وكذا حكاه السنجي وقال لا يجلسه يمينا
ولا شمالا وقال القاضي ابو الطيب وتبعه ابن الصباغ ولو قعد الكاتب بناحيته
جاز ومن فعله الحاكم اذا ترافع اليه خصمان فاقر احدهما للاخر لم يبعث
بهما للكاتب ليكتب ما جرى الا بعد ان يشهد على المقر بحضرته او يثبت اسم
المقر والمقر له ويرفع في نسبه حتى يتميز المقر ويتعين لئلا يجحد الاقرار
او يدعي ان المقر له غيره حكى ابو بكر الصيرفي ان رجلين اختصما عند حاكم فاقر احدهما
للاخر بمال فبعث بهما الى الكاتب فرجع المقر عن اقراره وادعى ان صاحبه هو
الذي اقر له فاشتبه الامر على الحاكم وذهب الاقرار وسقط فلذلك قلنا
انه يشهد على المقر او يكتب اسمه ونسبه حتى لا يقع مثل ذلك قال ويستحب ان
لا يحكم اي ان لا ينتصب للحكم الا بحضرة من يشهد احتياطا للحق فانه قد يتفق
بعد الحكم امر يحتاج فيه الى البينة قال ابن الصباغ والسنجي فيقبل الكلام
في النظر في المحبوسين ثم ان كان الحاكم ممن يحكم بعلمه اجلسهم بالبعد منه
حتى اذا احتاج الى شهادتهم على حكمه استدعاهم ليشهدوا بذلك وان كان
ممن لا يحكم بعلمه اجلسهم بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين ويحفظوا
على المقر اقراره كيلا ينكر بعد ذلك فيجحد قال السنجي فان جحد شهدوا عليه

بذلك وحكم الحاكم عليه وعلى هذا جرى في البحر ومن هذا اطلقه الامام سيذكره
سيلادم قال الماوردي ويكون مقعدهم في مجلسه متميزا عن غيرهم
ولا يساويه واحد منهم في مجلسه ولا فيما يختص به من سواد وقلنسوة
وينبغي ان يخص الشهود في ملابسهم بما يتميزون به ويسلموا على
القاضي بلفظ الرياسة ويرد عليهم محييا او مبتديا على مماثل ويفاضل
ويقدم بعضهم على بعض في المجالس والخطاب بما يتميزون به من علم او
فضل وقد يستدل لذلك بما رواه ابو داود عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
انزلوا الناس منازلهم ثم يلونه في مجلسه اولى من ميسرته فان افترقوا في
الميمنة والميسرة جاز وان كان اجتماعهم اولى ويكف القاضي عن محادثة
الشهود ويكفوا عن محادثته ويكون نظر القاضي مقصورا على الاذن في
الشهادة ونظرهم له مقصورا على اداء الشهادة ويغضوا عنه ابصارهم
واذا حضروا في غير مجلس الحكم جلسوا في مقاعدهم المعروفة في مجلسه
ويتبع فيه على اختياره ويقطع تنافسهم فيه فان التنافس يوهن العدالة
ويحادثهم ويحادثونه ويباسطهم ويباسطونه بما لا يتخرق به الحشمة ولا
يزول به الصيانة [illegible] ويحضر من الفقهاء الذين يحل لهم الفتوى ويصح
ان يتولوا القضاء قال السبكي والمعنى في حضورهم ما سنذكره
الشيخ ثم المفتي يصح من اتصف بالعدالة المعتبرة في الرواية واهلية
الاجتهاد في الاحكام الشرعية كما تقدم فالرجل والمراة والحر والعبد
والبصير والاعمى اهل للفتوى اذا اتصفوا بالعدالة لان روايتهم
صحيحة لكن لا يحضر النسوة مجلس الحكم ويجوز مشاورتهن في غيره قاله
الماوردي ولو اتصف العالم بالفسق لم يجز قبول فتواه الا ان يوثق
بقوله نعم عليه ان يعمل بنفسه باجتهاده وفي جواز مباحثته وجهان في
الحاوي وجه المنع خشية ما يتحدث به لما احسه من شبهة فاسك

ولوكان

ولو كان عدلا لم يبلغ الى رتبة الاجتهاد مطلقا لكنه بلغ ذلك في مذهب
امام مقلد حكى الفوراني وغيره في قبول فتواه وجهان اختيار القفال
منهما الجواز قالوا واصل الوجهين ان المستفتي له مقلد له او للميت
صاحب المذهب وفيه وجهان فان قلنا بالاول لم يجز وان قلنا بالثاني جاز
وهذا تفريع على جواز تقليد الميت كما هو الصحيح لانه لو بطل قول القائل بالموت
لبطل الاجماع بموت المجمعين ولصارت المسالة اجتهادية وقد منع منه
بعضهم فعلى هذا يرتفع الخلاف في المسالة وهذا عند وجود المجتهد المطلق
فاما عند فقده كما في زماننا وقبله فلا وجه الا استفتاء الذين بلغوا رتبة
الاجتهاد في مذاهب الائمة وهم الذين يستحب احضارهم في مجلس الحكم
في هذا الزمان ايضا والاولى ان يكونوا من الموافقين للقاضي في المذهب
والمخالفين له كما اشار اليه الغزالي بقوله الادب السادس ان يحضر
مجلسه علماء الفريقين فان اتفق امر مشكل شاورهم فيه لما بيناه في الامامة
ولان احدا من اهل العلم لا يمكنه الاحاطة بجميع السنن والآثار وربما
حضر بعضهم من ذلك ما لم يحضر البعض فاذا استشار بان له ذلك بالمذاكرة
ولان المشاورة ابعد من التهمة واطيب لنفوس الخصوم واذا شاورهم
ذكر كل واحد مذهبه ودليله ويتامله القاضي وليس لهم قبل المشاورة
الاعتراض عليه والرد اذا حكم الا اذا حكم بحكم يسوغ نقضه كما
سنذكره وان كان قد اساء بترك المشاورة كما قاله الماوردي ثم بعد المشاورة
قال الشيخ فان اتضح له الحكم حكم به لحصول المقصود قال الاصحاب ويستحب
له اذا اراد ان يحكم ان يجلس المحكوم عليه ويقول له قد قامت عليك
البينة بكذا ورايت الحكم عليك بهذا ليكون اطيب لقلبه وابعد عن التهمة وعن
نصه في الام انه يندبهما الى الصلح بعد ظهور وجه الحكم ويؤخر الحكم
اليوم واليومين اذا سالهما تحللا في حل من التاخير فان لم يجتمعا على

التحليل لم يوخره لان الحكم اذا بان وجهه كان على الفور وتاخيره ظلم
وان لم يتضح اخره الى ان يتضح ولا يقلد غيره من الحكام اي وان كان اعلم منه
لقوله تعالى فان تنازعتم في شي فردوه الى الله والرسول وقوله وان كان اعلم
وما اختلفتم فيه من شي فحكمه الى الله وهذا يمنع جواز التقليد وقد احتج
معاذ المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام له بم تحكم الى اخره ولانه من
اهل الاجتهاد فلم يجز ان يقلد غيره كما لو اراد ان يقلد من هو مثله في
الفروع ومن هو اعلم منه باصول الديانات وهذا قول ابي اسحق المروزي
كما حكاه الماوردي فيما قيل ان حضره ما يفوته فالحكم بين المسافرين وهم على
الخروج جاز ان يقلد غيره ويحكم لقوله تعالى فاسالوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون
وهذا لا يعلم ولانه لا يمكنه اداء فرضه باجتهاده فجاز له التقليد للضرورة
قياسا على العامي وهذا قول ابن سريج والبندنيجي لان الاجتهاد شرط
في صحة فرضه فلا يسقط بخوف الفوت كسائر الشروط مثل الطهارة والستارة
بالنسبة الى الصلاة وما ذكر من الاية فالخطاب فيها لغير اهل الذكر
الذين لا يعلمون البينات والزبر وهي الحجج بسؤال اهل الذكر والعالم عالم
بالبينات والزبر ثم لا نسلم انه مع الضرورة فانه يمكنه ان يفوض الحكم الى ذلك
الغير فيحكم وعلى تقدير التسليم فالفرق بين العالم والعامي ان العامي عاجز
عن الاجتهاد والعالم متمكن منه فلم يجز اعتبار احدهما بالاخر كما لا يجوز
اعتبار من لم يجد الماء والسترة بمن يقدر عليهما ولكنه يخاف فوت الوقت
ان استعملها **قال** وان حضره خصوم بدا بالاول فالاول لان الاسبق
احق بالتقدم الحق هو له كالسابق الى مكان مباح والاعتبار بحضور المدعي
دون المدعى عليه كما قاله ابو الطيب وابن الصباغ والعمراني وغيرهم فلو
اتفق ان المدعي والمدعى عليه حضرا في وقت واحد وانقضت خصومة
المدعي فاراد المدعى عليه ان يدعي على المدعي نحو له في الحاوي حكاية وجهين

يقدمه

يقدمه على غيره احدهما يقدم لحق السبق والثاني لا يسمعها الا
في مجلس اخر او بعد انقضاء خصومات الحضور قال وهو الذي اراه
صوابا الا ان اسمعه لم يثبت في هذا التقديم لنفسه وانما يثبت لحق غيره
قلت ويظهر على هذا ان يقال الوجه اسماعه وان اراد كل واحد منهما الدعوى
على صاحبه فيجب ان يسمع بلا خلاف **فرع** الاصحاب المستحب للقاضي ان
يقدم في كل يوم ثقة حتى يكتب اسامي الخصوم ويكتبها اولا فاولا الاسبق
فالاسبق فاذا جلس للحكم يقدم اليه من سبق على الترتيب فلو ضاق ذلك
المجلس عن استيعابهم بدا في المجلس الثاني بالذين تاخروا في المجلس
الاول على ترتيبهم في السبق ويقدمون على من حضر في المجلس الثاني قبلهم
وهكذا يفعل في المجلس الثالث والرابع **قال** وان كان فيهم مسافرون اي لو
تاخر الحكم بينهم تخلفوا عن القافلة كما قاله الامام والبغوي قدمهم اي وان
كانوا متاخرين في الحضور دفعا للضرر بالاقامة عنهم ولان الله تعالى خفف
عنهم امر العبادة بالقصر والفطر فجاز ان يسامح لهم في باب الخصومة
فيقدموا على غيرهم ولا فرق على هذا بين ان يرضا المقيمون بذلك او يكرهون
ويحكم للمسافرين بعضهم مع بعض ومع المقيمين ويراعى الترتيب والقرعة
قال الا ان يكثروا اي مثل ان يكونوا قدر المقيمين او اكثر كالحجاج اذا نزلوا البلد
او المدينة فلا يقدمهم دفعا للضرر عن المقيمين وفي الحاوي والنهاية والمهذب
وجه انهم لا يقدمون وان قلوا الا برضا المقيمين وظاهر النص الاول وهو الصحيح
وبه جزم اكثرهم وما ذكر في المسافرين في حالة القلة والكثرة حكى مثله الامام
والبغوي في النساء والرجال وحكى الامام الوجه الاخر فيهن عن الاصحاب
على انهم قالوا الاولى للقاضي ان لا يخلط بين الرجال والنساء في محل النظر ويجعل
للنساء وقتا وللرجال وقتا **قال** فان استوى جماعة في الحضور او اشكل
السابق منهم اقرع بينهم فمن خرجت القرعة له قدم لانه لما استوى المرجح

تعيين القرعة كما في المسافرة ببعض النساء وفي الاشراف ان القاضي يقدم
من شاء منهما ان شاء بالقرعة وان شاء باجتهاده فلو اثر بعضهم بعضا بالتقدم
جاز ثم هذا اذا كان الخصوم قليلا لا يزدحمون عليه فلو كثروا قال ابن الصباغ كتب اسمائهم
وجعلها بين يديه يأخذ رقعة رقعة ويدعو صاحبها بحسب ما يتفق ولا
يقدم السابق في اكثر من حكومة دفعا للضرر عن الباقين فانا لو قدمناه في اكثر
منها لاستوعب المجلس بدعاويه فيقول هذا انه قال له الحق لغيرك فان اردت
فاجلس حتى تسمع من الخصوم كلهم ثم انظر بعد ذلك في خصومتك الثانية ان بقي
وقت ولم اضجر وهذا اذا كانت الخصومة الثانية مع المدعى عليه اولا فان كانت
مع غيره فقضية الحاوي حكاية وجهين في السماع وحكاه الامام في الخصومتين
والثلاث لا غير ثم قال وهذا بعيد مع فتح الباب وعدم الزيادة على الثلاث
لا اصل له فالوجه ان لا يزيد على خصومة واحدة وراء اسمها وقفت عليه من الاشراف
ان ابا سعيد الاصطخري يجوز الدعاوى على رجال ولا يجوزها على رجل واحد
وهذا ان صح وجها ثالثا **فرع** دخل في هذا الباب اذا استوطن لتعلم العلم ينظر
فان كان ذلك العلم مما لا يجب تعلمه فالخيار الى المعلم وان كان مما يجب تعلمه فلو
خصص اقواما منهم فهل يجوز له ذلك فيه وجهان قال الامام والاولى المنع من
التخصيص فانه لا يدري من المفلح ومن المنجح فليقصد التعميم فان كان في
بينا في الجمع في التعليم فعند ذلك يتبع السبق او القرعة **قال** ويسوي بين
الخصمين وان اختلفا في الرق والحرية والشرف وغيره اي لا يدخل احدهما قبل
الاخر دون المجلس اي فلا يكون احدهما اقرب اليه من الاخر والاقبال
عليهما اي ولا يبش في وجه احدهما ولا يقطب ولا يتوجه لاحدهما ويترك
الاخر بل اما ان يقوم لهما او يترك كما قاله الشيخ ابو علي والانصات
اليهما اي فلا يصغي لكلام احدهما دون الاخر والاصل في ذلك قوله تعالى
يا ايها الذين امنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله الى قوله فان الله كان بما

تعملون خبيرا

تعملون خبيرا قال ابو عبيد من ادب القضاء حكاه ابو الطيب نزلت هذه
الاية في الخصمين يجلسان بين يدي القاضي فيلوي عن احدهما ويعرض
للاخر وروى عطاء عن ام سلمة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من ابتلي بالقضاء
بين المسلمين فليعدل بينهم في لفظه واشارته ومقعده ولا يرفع صوته
على احدهما اكثر مما يرفعه على الاخر وقد ذكرنا ان عمر كتب الى ابي موسى اس
بين الناس في مجلسك ووجهك وقضائك وروى ان عمر وابي بن كعب انطلقا
الى زيد بن ثابت في خصومة في نخل فلما بلغا الباب قال عمر السلام عليك فقال
زيد وعليك السلام يا امير المؤمنين ورحمة الله وبركاته فقال عمر هذا اول جورك
فلما دخلا قال زيد ههنا يا امير المؤمنين فقال عمر هذه مع هذه ثم قال لا بل
اجلس مع خصمي ثم ان ابي بن كعب ادعى عليه النخل فقال عمر النخل في يدي
فقال زيد لابي هل لك من بينة فقال لا قال فقال اذا اعف امير المؤمنين عن اليمين
فقال عمر ما زلت جائرا منذ دخلنا وعليك يا امير المؤمنين ههنا يا امير
المؤمنين واعف امير المؤمنين ولو عرفت لي حقا اخذته بيمين ثم حلف فقال
ابي والله انك لصدوق وما حلفت الا على حق فقال عمر هي لك ولان الحاكم
اذا فضل احد الخصمين انكسر قلب الاخر ولحقه الضرر في استيفاء حجته
والقيام لهما فليبدأ اولنا بالتسوية بينهما وقيل ابن ابي الدم لنفسه
احتمالا في منع القيام لهما جميعا لانه قد يكون احدهما شريفا والاخر وضيعا
فاذا قام لهما علم الشريف انه انما قام له والوضيع انما قام للشريف فترك
القيام لهما اقرب الى العدل وانفى للتهمة وعلى هذا سير الحكام الماضين
روي ان المهدي امير المؤمنين محمد بن المنصور تقدم مع خصم له وهو امير المؤمنين
الى قاضي البصرة عبيد الله بن الحسن العنبري فلما راه القاضي مقبلا اطرق
الى الارض حتى جلس المهدي مع خصمه مجلس المتحاكمين فلما انقضت
الحكومة بينهم قام القاضي فوقف بين يديه فقال له المهدي والله لو قمت لي

حين دخلت عليك الغرائك ولو لم يقم حتى انقضى الحكم لغرائك والمهذب اخذ
هذا من انه فان اباه فعل هكذا بالمدينة عند قاضيها ثم ما ذكرناه من
التسوية مستحب او واجب فيه وجهان المذكور منهما في تعليق القاضي ابي
الطيب والشامل والمهذب الاول وفي تعليق البندنيجي والتهذيب الثاني وهو
الذي حكاه ابن الصباغ عن الشيخ ابي حامد والرافعي عن الاكثرين **فرع** لو سلم
الخصمان على القاضي رد عليهما وان سلم عليه احدهما ففيما يصنع ثلاثة
اوجه مجموعة في ابن يونس وهي مأخوذة من كلام المجلي احدها يرد عليه في الحال
والثاني يرد عليه بعد الحكم والثالث يرد عليهما والذي اورده القاضي الحسين
وبه اجاب في التهذيب انه اما ان يسكت او يقول للآخر سلم انت ايضا
فان سلم رد جواب سلاميهما واعترض الرافعي على ذلك بعد حكايته عن الاصحاب
لا غير فقال في قوله للآخر سلم انت ايضا اشتغال منه بغير الجواب ومثله
يقطع الجواب قال وكانهم احتملوا ذلك لئلا يبطل معنى التسوية وقال
الامام ما ذكره القاضي من امتناع الرد عندي سرف فان رد السلام
محمول على اسداء احدهما بالسلام وهذا مما لا يخفى ولا يظهر مثله :.
قال فان كان احدهما مسلما والآخر كافرا اي محقون الدم قدم المسلم على
الكافر في الدخول ورفعه عليه في المجلس لما روى ابراهيم التيمي قال راى
علي بن ابي طالب درعا له مع يهودي فقال درعي سقطت يوم كذا فقال اليهودي
لا ادري ما تقول درعي وفي يدي وبيني وبينك قاضي المسلمين فارتفعا
الى شريح وهو نائب عن علي فلما رآه قام عن مجلسه فقال بعضهم فقال له
علي هذا اول جورك ثم اسند ظهره الى الجدار وبعضهم قال انه لما قام عن
مجلسه اجلسه موضعه وجلس مع اليهودي بين يديه فقال له علي ان
خصمي لو كان مسلما لجلست معه بين يديك ولكني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول لا تساووهم في المجالس ولا تعودوا مرضاهم ولا تشيعوا

جنائزهم

جنائزهم واضطروهم الى اضيق الطرق وهذا ما اورده القاضي ابو الطيب
وابن الصباغ والروياني والعمراني والغزالي في المجلس خاصة وحكاه البندنيجي
عن بعض الاصحاب ولم يحك سواه وفي المهذب والحاوي حكاية وجهين في
التسوية بينهما في المجلس احدهما ما ذكره الشيخ هنا وغيره وهو المختار
في المرشد والمذهب في تعليق القاضي الحسين والثاني يسوى بينهما كما يسوى
بينهما في الدخول والكلام وهذا التعليل منهما يدل على انه لا خلاف في
التسوية في الدخول وقال الرافعي يمكن ان يكون الوجهان في رفع المجلس
جاريين في سائر وجوه الاكرام وقد صرح بذلك الفوراني قبله **فروع** قال
ابن الصباغ الحاكم يجلس الخصمين بين يديه لان ذلك امكن للحاكم في الاقبال
عليهما والنظر في خصومتهما وذلك على وجه الاستحباب صرح به في المهذب
واستدل له بما روى عبد الله بن الزبير ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى ان الخصمين
يقعدان بين يدي الحاكم وقد خرجه ابو داود ولكن في رجاله مصعب بن ثابت
المدني ولا يحتج بحديثه نعم قد يستدل له بالخبر الذي ذكرناه عن رواية علي
عند الكلام في كتابه العمدة والتوصية بتقوى الله تعالى وقد اشار الشيخ
الى هذه الكيفية بقوله في الباب الثاني اذا جلس بين يدي القاضي خصمان
قال الاصحاب واذا كان الخصمان شريفين فلا باس ان يجلس احدهما عن
يمينه والآخر عن يساره لكن الاولى الجلوس بين يديه تأدبا مع الشرع
وتواضعا لله تعالى قال الماوردي ولا يسمع الدعوى منهما وهما قائمان
حتى يجلسا بين يديه تجاه وجهه ومن عادة جلوس الخصوم ان يجلسوا
للتحاكم بروكا على الركب لانه عادة العرب في التنازع وعرف الحكام في
الاحكام لكن اذا كان المتخاصمين نسوة جلسن متربعات لانه استر
لهن وان كان بين رجل وامراة برك الرجل وتربعت المراة قال واذا جلس
الخصمان تقاربا الا ان يكون احدهما رجلا والآخر امراة غير محرم له

فيما بعد اولا اثناء اصحابنا ينبغي ان يكون مجلس الخصوم عند القاضي
ابعد من مجلس غيرهم ليتميز له الخصوم من غيرهم وابعد ما يكون الخصمين
ان يسمع كلامهما وكذا ابعد ما يكون بينهما ان يسمع كل منهما كلام الاخر
ولو تقدم احد الخصمين في الجلوس وتاخر الاخر فالاولى ان ينظر القاضي
فان كان المتقدم قد جلس في مجلس الخصوم وتاخر عنه الاخر قدمه اليه وان
كان المتاخر قد جلس في مجلس الخصوم وتقدم الاخر اخره اليه ولو رد المتقدم
وقدم المتاخر حتى كان جاز قاله الماوردي ولو كان الخصم وكيلا وحضر موكله
مجلس المخاصمة حكى الدبيلي في ادب القضا له انه يجب ان يكون الوكيل والموكل
والخصم متساويين والاحتراز ان يكون الموكل بجنب القاضي يقول وكيلي جالس مع
خصمي واذا دخل خصم دون خصمه فقام له القاضي اما ظنا منه انه لم ياته
محاكما او جهلا بذلك او ارتكب المحذور فقال ابن ابي الدم فاما ان يقوم لخصمه
كقيامه لجبر ما فعله او يعتذر اليه بانه قام له ولم يشعر بمجيئه
مخاصما قال ولا يضيف احدهما لعله صلى الله عليه وسلم لا يضيف احد
الخصمين الا ومعه خصمه وروى عن عمر بن عبد العزيز انه كان اذا ادعى
عنده على شريف حجبه حتى يقضي بينه وبين خصمه ولانه اذا اضاف احد
الخصمين انكسر قلب صاحبه وحكى ابن المنذر عن [ابي] القاسم الداركي انه
قال هذا اذا كانت دار الخصم بعيد عن دار القاضي فاما اذا كان احد
الخصمين جار الحاكم او من اقاربه جاز للقاضي ان يدعوه الى داره
وضيافته لان فيه قضاء حق الجوار والقرابة فلا تهمة وقال هذا عندي على
العكس لان التهمة تتمكن من الجار والقريب اكثر من البعيد لتمكنهما من
قلب الحاكم ومودته ولذلك منع الحكم للفروع والاصول والزوجة على
راي من لم يقل على الاجوار قبول هدية احدهما اذا كان جارا او قريبا ولا قائل
به مع قيام الخصومة قال ولا يساره ولا يلقن احدا دعوى ولا حجة اي

مثلا ان

مثلا ان يقول قل هذا المعاني في ذلك من انحصار المثل المؤثر في قلب الاخر
وقد يفضي ذلك الى تعطل حجته قال القاضي ابو الطيب وضابطه ان لا
يلقن احدهما ما فيه ضرر على الاخر ولا يهديه اليه مثل ان يقصد الاقرار
فيلقنه الانكار او يقصد النكول فيجرئه على اليمين او يقصد اليمين
فيلقنه النكول وهذا اذا توقف الشاهد في اداء الشهادة لا يجرئه عليها
واذا اقدم عليها لا يوقفه عنها الا في الحدود التي تدرأ بالشبهات لان
ذلك يضر باحد الخصمين وذلك لا يجوز وكذا لا يجوز ان يتعنت الشاهد
كما نص عليه الشافعي وعنى ان هل تعنت ان يكون من تلاه او وجه قال الما [وردي]
اظهار التنكر عليه والاستهزاء به وهو ظاهر النص موجود العقل وهذا
ما اورده ابو الطيب وابن الصباغ والثاني ان يساله من اين علمت ما شهدت
به وكيف تحملت ولعلك سهوت وهذا عندي داخل في الاول لان هذا
انما يفعل مع الاسترابة والثالث ان يتتبعه في الفاظه ويعارضه الى
ما جرى مجرى ما ذكرناه لان عنت الشاهد قدح فيه وميل على المشهود
له ومفض الى ترك الشهادة عنده وكذا لا يجوز ان يصرخ على الشاهد ولا
ينتهره لان ذلك عنت قال ولا يعلمه كيف يدعي لان في ذلك اعانة على خصمه
وقيل يجوز ان يعلمه اذا لم يستحضر الاخر صحة دعواه فان الحق لا يثبت بقوله
وهذا قول الاصطخري ولم يحك في الاشراف سواه و الاول اصح لما ذكرناه
وهو الذي عليه سائر الاصحاب كما قاله ابو الطيب وعلى هذا يقول له
ان جمعت دعواك سمعتها والا فلا حتى يتحقق ذلك ولا باس على الوجهين
بالاستفسار مثلا ان يدعي دراهم فيقول اهي صحاح او مكسرة او قتلا فيقول
عمدا او خطأ ونحو ذلك لا صرح به القاضي الحسين والبغوي والرافعي وغيرهم
وحكى الامام في كتاب القاضي الى القاضي الخلاف فيه ايضا لكنه ادعى ان
ظاهر النص يميل الى الجواز ولو قال له استعن بمن ينوب عنك قال الما [وردي]

فان اشار بذلك الى الاستعانة في الاحتجاج عنه لم يجز وان اشار به
الى الاستعانة في تحقيق الدعوى جاز ولا يعين له من يشفع به والخلاف
المذكور في الكاتب في تعليم الدعوى جار في تعليم الشاهد كيفية اداء
الشهادة كما صرح به في الحاوي وغيره وقال في العدة الاصح الجواز
فيهما وظاهر النص المنع اما اذا لقنه ما يشهد به لم يجز **قال**
وله ان يزن عن احدهما ما لزمه لان في ذلك نفعا لهما. وله ان
يشفع له الى خصمه لان اجابة شفاعته الى خيرة المشفوع اليه ولان
الشفاعة انما تكون بعد وجوب الحق وحينئذ استوى المبطل والمحق لان
ينهر الخصمين فضلا عن احدهما لانه اذا فعل ذلك لحقه الحصر والقصور
عن القيام بحجته **قال** واول ما ينظر فيه امر المحبوسين لان الحبس
عذاب وادامة العذاب من غير بينة ليس سبيل الشرع وليس هذا من
تعقب احكام القاضي الاول حتى يقال الاصل فيه الاستمرار كما سنذكره
بل لانه قد يكون في الحبس مظلوم وهو لا يتمكن من التظلم كما قاله في
الحاوي والبحر وقد يكون فيهم من حبس تاديبا وفيما مضى من الحبس
كفاية قال الامام وتقديم هذا حتم وليس من الاداب حتى قال الاصحاب
لا ينبغي في خصومة ترفع الى مجلسه ما لم يفرغ قلبه من هذا الفن
ويستخلف فيهما ان جوزنا الاستخلاف وهذا فيما نذكره من بعد من
المهمات وكيفية النظر فيما نحن فيه كما قال في البحر ان يرسل اولا
رجلين من امنائه يكتبان اسم كل من في الحبس واسم من حبس له وباي
شيء حبس وقال بعض اصحابنا يعني الماوردي لانه المذكور في الحاوي يبعث
الى الحبس ثقة امينا ومعه شاهدا عدل وقيل يبعث ثقة ولا يعتبر العدد
وهذا ما اورده البندنيجي ثم قال الروياني وعندي الاحتياط في العدد ويجوز
ان يقتصر على واحد لانه طريقه الخبر واذا اراد ذلك امرهم ان يكتبوا اسماءهم

قال في الحاوي

قال في الحاوي والبحر اقرع فمن خرجت قرعته قدم اسمه وقد نسب
الرافعي ذلك الى امالي ابي الفرج وفي تعليق البندنيجي انه يكتب اسم كل واحد
في رقعة وكلام الماوردي وصاحب البحر يقتضي ان يكون اسماؤهم في
مكتوب واحد لانهما قالا بعد ذلك فاذا حمل المكتوب الى القاضي نادى
في الناس ثلاثة ايام ان كان البلد كبيرا او يوما واحدا ان كان البلد
صغيرا ان القاضي يريد النظر في امور المحبوسين فمن كان له محبوس
على حق فليحضر في يوم كذا قال الماوردي والبندنيجي ويكون اليوم الرابع
من ندائه قال في البحر وقيل ينادي هل لهم خصم ثقة قبلها اسماء المحبوسين
وهذا ما اورده القاضي ابو الطيب والبندنيجي والرافعي قال الروياني ولا باس
به عندي فاذا كان ذلك اليوم واجتمعوا اقرع بين المحبوسين لاجل التقديم
قال في الحاوي واقتصر على القرعة الاولى فمن خرجت قرعته اخرج من
الحبس واحتاج فيه الى اذن خصمه لانه يخرج في حقه الا في حق جانبه كذا
قاله في البحر ايضا وينادي يا خصماء خصمه وقيل اذا ثبت خصم المحبوس
الذي خرجت عليه القرعة وجهه القاضي مع امينه الى الحبس حتى ياخذ بيد
خصمه ويأتي به الى مجلس الحكم وهذا ما اورده ابو الطيب وابن الصباغ
فاذا حضر فلا يسال خصم المحبوس كما قاله في الحاوي والبحر وغيرهما
بل يقال للمحبوس لم حبست ولا يكتفي بالسؤال الاول الذي وقع في الحبس فاذا
قال شيئا عارض الاول بالثاني وعمل باغلظهما عند الاختلاف ولو
[illegible] في ديوان الحكم سبب حبسه قابله بما قال الاول والثاني وعمل باغلظ
الثلاثة واذا انفصل امره اخرج من وقعت عليه القرعة ثانيا وهكذا
وهذا اذا كان الحبس في بيت الحبس لا يتعطل على القاضي زمان اذا انتظر
اخراج محبوس بعد محبوس فلو كان بعيدا اخرج بالقرعة جميع من يقدر
على النظر بينهم في مجلسه قبل شروعه في النظر وفي تعليق البندنيجي

والشامل والرافعي والمرشد انه اذا اراد ان ينظر في الرقاع التي فيها
اسماء المحبوسين بين يديه ومد بين اسمائهم وقرع بين منها نظر فيه ولعل
هذا اذا كثر المحبوسون وتحدث القرعة كما ذكرنا مثله في حضور الخصوم
للتحاكم. ومن حبس بحق رده الى الحبس لانه يستحقه لو انساق المحاكمة
عند عدل القاضي فاستمراره اولى وهذه المسألة مصورة في كلام الاصحاب
كما قال الامام والبغوي بما اذا اقر المحبوس انه حبس بحق وبما اذا اقر
انه حبس بدين وهو قادر عليه كما قاله في الشامل والمرشد وغيرهما او
ان الدين الذي حبس فيه ثمن مبيع او قرض او عن غصب ولم يقم بينة بتلفه
ولم يصدقه الخصم على ذلك او اقر بان الدين صداق او ارش جناية او بدل
متلف ونحوه وانه معسر فاقام الخصم بينة على ان له مالا كما قاله
ابو الطيب او اقر بان ما حبس عليه ثمن خمر او خنزير لذمي او قيمتهما عنهما
والقاضي الاول والثاني يريان ذلك ولم يفهم من كلام الشيخ انه اذا حبس
بتعزير الاجل الذي صدر منه ونحوه انه يعاد وقد قال العراقي ان من حبس
حبس تعزير لا يعاد ذكره الرافعي ان معظم الكتب ساكتة عن ذلك
ولعل وجه ما ذكره ان التعزير يحصل بنظر الحاكم الذي ثبتت عنده الجناية
ولا ندري هل كان الحاكم المعزول يديم حبسه اولا ولكن لو ثبتت جنايته عند
الثاني ورأى ادامة حبسه فالقياس جواز العود وفي الحاوي والبحر ان
التعزير هل يستوفى بعد العزل وان استكمل مدة حبسه مع بقاء نظر
الاول لان القاضي الثاني لا يعزر لانه كان مع غيره ولانه لا يطلقه حتى
ينادي عليه كما سنذكره احتمال ان يكون حبس لخصم وانكر ويحلفه انه ما
حبس بحق لخصم كما قاله ابن ابي الدم قال ومن حبس بغير حق خلاه لان
استمرار حبسه معصية وهذه المسألة مصورة بما اذا صدق الخصم
المحبوس على ما ادعاه انه حبس عليه وكان ذلك لا يقتضي الحبس ولو صور

منها

منها ان يصدقه على ان ما ابتاعه منه وحبس فيه قد تلف او
قامت بينة بذلك ولم يعهد له مال غيره ومنها اذا كان الدين عن صداق
او اتلاف او ضمان وقد ادعى المحبوس الاعسار وصدقه فيه الخصم او
كذبه في دعوى الاعسار وحلف المحبوس قال القاضي ابو الطيب ان الاصل
ان لا مال له وهذا بناء على ان من لم يعرف له مال قبل ان هو دين لا معاوضة
محضة القول في الاعسار وله كما حكيناه في باب التفليس عن العراقيين وقد
وافقهم القاضي الحسين هنا اما اذا قلنا بما نقله المراوزة فلا يخفى نوعه
ومنها اذا ادعى انه حبس في قيمة خمر اتلفه على ذمي او خنزير ونحوه وكان
الحاكم الاول يرى ذلك كالشافعي والثاني يراه كالحنفي كان حكم الاول باطلا
والثاني ان حكم بمذهبه حبسه ولو انعكس الحال كان كان الاول حنفيا والثاني
شافعيا لم ينقضه باتفاق الاصحاب ولكن هل يلزمه امضاؤه ام لا فيه
قولان فان قلنا بالاول وهو ما اختاره في المرشد وصححه الرافعي اعاده الى
الحبس وان قلنا بالثاني قال في الحاوي والبحر فيعيده الى الحبس من غير ان
يلزمه القضاء لانه لا يراه ولا يطلقه لانه لا ينقض الحكم به واقره حتى يصطلحا
وفي الكافي انه على هذا القول لا يرده الى الحبس لان في اجتهاده انه لا شيء عليه
ولا يمكنه نقض ما حكم به الحاكم الاول بالاجتهاد فالطريق فيه ان يوقف الامر
بينه وبين المدعي حتى يصطلحا وهذا اقرب الى كلام ابن الصباغ والشيخ
حيث قال لا يمضيه ويتوقف فيه حتى يصطلحا واطلق القاضي ابو [الطيب]
القول بانه اذا احتبس في ثمن خمر او خنزير انه يرده الى الحبس لانها مسألة
مختلف فيها فاذا حكم الحاكم فيها لم ينقض حكمه لان الاجتهاد لا
ينقض بالاجتهاد وفي اطلاق المحبوس في الصور التي ذكرناها مشروط
عند الروياني والشيخ وابن الصباغ بالنداء عليه ثلاثا الا ان فلان بن
فلان قد شرع من حبسه بينه وبين خصمه فان كان له احد عليه حق فليتقدم

قال القاضي برد الطلاقة ووجه ذلك بانه يحتمل ان يكون له خصم اخر فانكره
والقاضي ابو الطيب اطلق القول بالاطلاق من غير تفصيل بذلك وقال في المرشد
عند يكون ان البلد الثاني احتاج اليه لان في البلد الاول غنية عنه ولان
الخصم الاخر ان لم يكن محبوسا له فلا يجوز حبسه انتظارا لخصم لم
يتعين ولم يثبت له حق وان كان رجل حبس له قبل عزل وحقه **فرع** لو اقر المحبوس
ان خصمه اقام بينة عليه بحق ولم يعدل وانه حبس لاجل الاستزكا بها فهل
يلحق ذلك بالقسم الاول حتى يعاد الى الحبس او بالثاني حتى يخلى سبيله فيه وجهان
مبنيان على ان الحبس لاجل الاستزكا امر لا وفيه خلاف بين ابي اسحق
والاصطخري كما حكاه البندنيجي وابن الصباغ وغيرهما قال القاضي ابو الطيب
فعلى قول ابي اسحق يرده الى الحبس لان الحبس عنده بحق لان الاصل العدالة
وانما السوال عن الجرح الذي يسقط الشهادة وهذا ما اختاره في المرشد
وعلى قول الاصطخري يخلى لان الحبس عنده بغير حق لان البحث عنه والسوال
عن الشهود انما هو لاثبات الشهادة قال البندنيجي ومحل التخلية اذا لم يكن
المعزول قد حكم بوجوب الحبس عليه وقد اوضح ذلك الماوردي بعد حكايته
الوجهين ثم ان قلنا بانه لا يجوز حبسه وكان القاضي قال حكمت بحبسه لزم
حبسه باجتهاده ولا يجوز اطلاقه وان لم يقل حكمت وجب اطلاقه ولكن لا يعجل
باطلاقه حتى ينادي عليه بالبلد ايام كما سنذكره قال ابن ابي الدم وفيما قاله نظران
احدهما انه قال ان قلنا لا يجوز حبسه وفصل كما تراه وكان من حقه ان
يقول اذا قلنا لا يجوز حبسه للاول فهذا اذا لم يرد ذلك رايا ومذهبا والا
فلو راى الاول حبسه جاز لان ذلك حكم واجتهاد لانها مسئلة مجتهد فيها ثم اذا
راى القاضي الاول حبسه حبسه والقاضي الثاني ان راى حبسه سايغا
بدليل فله ان يستديم حبسه حكما واجتهادا وان لم ير جواز حبسه والتفريع على ان
القاضي الاول راى جواز حبسه وحبسه فهل يديم الثاني حبسه بطلب

الخصم

الخصم امضا الفعل الحاكم الاول او يطلقه فيه وجهان الثاني انه
اذا قال الاول حكمت بحبسه لزم الثاني حبسه والا اطلقه الثاني وفي هذا
اشارة الى ان فعل الحاكم او امره بالفعل ليس بحكم انما الحكم قوله قضيت
حكمت بكذا او لفظ اخر يقوم مقامه وهذا فيه تردد ظاهر الثاني ان فيه
تناقض قوله هذا فانه قال منفصلا عما ذكره اما اذا قال حبسني تعديا بغير
حق ولا غير خصم فدعواه تخالف الظاهر من احوال القضاة وحبسه حكم
ولا ينقض الا بعد الفساد فقوله وحبسه حكم دليل على ما ذكرناه قطعا
قلت وكان الجواب عما ادعاه من المناقضة ان الحبس حكم بالحق لا حكم
بالحبس والكلام هنا في الحبس لا في الحق وفي تعليق القاضي الحسين انه اذا
اذا قال حبسني بشهود عدول لم يقبل ولكن يسال عن عدالتهم فان
كانوا عدولا حبسه وهل يحبسه في المدة التي يبحث فيها عن احوال
الشهود فعلى وجهين **قال** ومن ادعى انه حبس بغير خصم اي بغير حق
نادى عليه اي ينادي بلا انه ايام حتما قال في البحر الا من كان له عند فلان
فان حق فليحضر في يوم كذا فان القاضي عازم على اطلاقه من السجن
وفي تعليق القاضي الحسين ان بعضهم قال ينادى عليه ساعة او ساعتين
فان كان له خصم والا خلى سبيله وقال بعضهم ينادى عليه حتى يشتهر
في البلد ووجه النداء انه يحتمل ان يكون له خصم فيدهمه فيظهر بالنداء
قال ثم يحلفه اي ان لم يحضر خصم واستمر على دعواه وانما احلفناه لان
دعواه مخالفة للظاهر فيحلف معها كالمودع قبلها حسن قلنا يخلى
بغير يمين لان له خصما حاضرا فان الظاهر معه والاصل عدم
خصم اخر وكيفية اليمين ان يحلف بالله انه حبس بغير حق حكاه
القاضي ابو الطيب وقد فهمت مما حكاه القاضي عن بعضهم انه لا
يحتاج الى يمين **قال** ويخليه اي يخلي المحبوس عليه بعد ذلك الافراج
في الاطلاق

لا الى غاية مع انه لو كان له خصم لظهر بذلك قال الامام وتبعه
الغزالي وهو في مثل الدين الا الحبس ولا تخلى بل ينصب من يراقبه وهل
يأخذ منه كفيلا بنفسه احتياطا ذكر صاحب التهذيب فيه وجهين اصحهما
نعم فعلى هذا اذا امتنع من القيام بكفيل رددناه الى الحبس والثاني ليس
عليه ذلك وهو الصحيح الذي قطع به الائمة كما قال الامام وفي الابانة
اطلاق القول بان المحبوس اذا قال حبست بظلم لا يقبل قوله واقتصر على ذلك
وفي الحاوي ان دعواه مخالفة للظاهر من احوال القضاة وحبسه حكم ولا
ينقض الا بتيقن الفساد ويطلب منه البينة فان شهدت انه حبس بحق عزر
في جرحه لحابسه وان شهدت انه حبس بظلم نادى عليه ثلاثا كما ذكرنا
ثم يطلق ان لم يحضر خصم وان لم تقم بينة باحد الامرين اعاده الى الحبس وكشف
عن حاله حتى ييأس بعد الكشف من ظهور حق عليه وبطالته بكفيل بنفسه
لان الحبس واجب عليه فان عارض هذا الاستظهار في بقاء حبسه على طلب
الكفيل ثم يطلقه عند اعوازه وهذا غاية ما نقله عليه العاني وحكى
الامام ان كلام القاضي ما يدل على انه يخلى سبيله بمجرد قوله حبست ظلما ولا

في

يتشبث به فان ادعى مدعي استعدي عليه فانا لا ندري ان ذلك القاضي
حبسه بحق ام لا وحبس القضاة ينقسم الى حبس بحق وحبس بظلم وادب
يحمل على تاديبه حتى قال الامام ولست انكر اتجاه هذا في القياس فان
التشبث به من حق الحبس ولو ظهر بعد النداء خصم وادعى انه محبوس
في حقه فان صدقه بانه محبوس له لم يخف الحكم بما تقدم وان كذبه قيل
للحاضر انت الان مدع فان ادعيت بحق سمعناه والا فاثبت ببينة تشهد
بانه كان محبوسا بدينك والا خليناه كذا قاله في بحر البحر وعن امالي
ابي الفرج انه يحتمل استدامة الحبس قيام البينة على ان القاضي المعزول
حبسه بحق هذا المدعي وان لم تبين جنس الدين وقدره واعلم انه قد وقع في

بعض النسخ ومن ادعى انه حبس بغير حق وقد يظن انها المسئلة
التي قبلها وليس كذلك لان تلك المسئلة المحبوس اعترف بانه انما
حبس وصدقه الخصم فكان الحبس بغير حق وهذه لم يدع فيها شيئا
تشبيه حبس بغير الظلم واعتذر خصمه له والحكم الذي ذكرناه لا
يختلف ان اقتصاره على ذلك يستلزم لعدم الخصم ولو قال حبسني
فلان بغير الحاكم ظلما لا يقبل ذلك منه لانه خلاف الظاهر ويستكشف على
ما ذكرناه فيما اذا قال حبسني ظلما قال في البحر وقيل ان كان فلان
حاضرا احضر حتى يقيم عليه البينة ان له عليه حقا والا اطلقه وان
كان غائبا فوجهان احدهما يطلق لان الاصل ان لا حبس والثاني لا يطلق
لان الظاهر انه حبسه القاضي بحق ذكره بعض اصحابنا الخراسانيين وكانه يحكي العراقي

بي

لانه ذكر ذلك في الابانة والامام حكى الوجهين في حال الغيبة البعيدة عن
بعض المصنفين وعناه ايضا وقال انا على القول بعدم الاطلاق نكتب الى الموضع
الذي فيه الخصم حتى يحرض على اظهار حجته فان قصر اطلقناه وعلى مقابله
يراقب فاما الرد الى الحبس فمعناه ادامة للعذاب ولا سبيل اليه قال وقد
يرى الانسان في مجموعات الاصحاب عبارات موهمة تنبيه كلام الشيخ

مكان
مجموعات

في هذه المسئلة كالمصرح بان القاضي ينبغي ان يكون له حبس يعزر بالحبس
فيه من يستحق التعزير وقد صرح به الاصحاب على وجه الاستحباب واستدلوا
لذلك بما روي ان عمر اشترى دارا بمكة واتخذها سجنا وروي ان عليا اتخذ
سجنا قال القاضي ابو الطيب واذا لم يتخذ سجنا امر بملازمة من توجه عليه
الحق فتقوم الملازمة مقام الحبس في ذلك قالوا ويستحب ان يتخذ درة يؤدب
بها من يستحق التاديب ويرهب بها السفيه والجاهل وقد اتخذها عمر رضي الله عنه
قال ثم ينظر في امر الايتام الذين في عمله والاوصياء اي عليهم وهذا على المجانين

اي

والسفهاء وعلى تفرقة الصدقات لتوليهم المال من لا تمكنه المطالبة ولا

عن

ليعبر عما في نفسه فكان النظر فيهم اولى قال الماوردي ويسال بمن يرى من
غير فرعه بخلاف المحبوسين لان هذا امر نظر اجتهاد ولان النظر
في المحبوسين لهم وهنا عليهم لا لهم اما اذا كان المال والاوصيا
في عمله والمولى عليهم في غير عمله فينظر في ذلك مبني على انه هل له النظر
في ذلك المال ام لا وفيه تردد جواب القاضي الحسين والاصح في ادب القضاء
لابن ابي الدم واليه مال الامام لا بل سبيل تصرفه كتصرفه في اموال الغيب
وسنذكر ثم ينظر في الاوصيا بعد ثبوت الوصاية لديه باقامة بينة على
الموصي بالوصاية يكون باختبار حاله في قوته وامانته ويحصل لا يخلو فيها من
اربعة احوال احدها ان يكون امينا قويا فيقره ولا يجوز ان يستبدل به
الثانية ان يكون امينا ضعيفا لا يقدر على التفرد بتنفيذ الوصاية اما
لكثرة المال او لضعفه في نفسه فحكاه الرافعي فعلى القاضي ان يضم اليه
من امنائه من يتقوى به ولا يرفع يده الثالثة ان يكون خائنا في الامانة
فاسقا في الديانة فلا يجوز للقاضي ان يقره عليها ويجب عليه ان يردها
الى غيره من الامنا الرابعة ان يكون ثقة في الامانة فاسقا في الديانة فينظر
في الوصية فان كانت بالولاية على الاطفال ونحوهم او في تفرقة الثلث في غير
معينين انتزعها منه وردها الى امين وان كانت بالوصية في تفرقة
الثلث على معينين او قضا دين لمسمين قال الماوردي جاز ان يقرها في يده
والفرق ان في تلك ولاية واجتهادا وليس الفاسق من اهلها وهذه
مقصودها بالتعيين على التفضيل دون الاجتهاد وفي البحر وغيره اطلاق
القولين بنزع المال منه في حال ثبوت امانته في التصرف وفسقه في الديانة
وقد يقع حالة خامسة وهي ان يشك القاضي في عدالته وقد حكى
ابن الصباغ فيها وجهين احدهما عن الاصطخري انه يقر المال في يده لان
الظاهر الامانة والثاني عن ابي اسحق وهو المختار في المرشد انه ينزعه

حتى يتحقق عدالته قلت وهذا التوجيه يقتضي ان يكون مذهب كل
واحد منهما طارقا ما حكيناه عنه فيما اذا احتبس لاجل الاشتراك ولو
اقام الوصي بينة بان القاضي المنفرد نفذ وصيته والحلو تصرفه
في المال قال ابن الصباغ والسنجي والمصنف لم يكن للثاني التعرض له
ولعصيته على ما يدل عليه من حكم الاول لان الظاهر ان الاول لم يسلطه الا
بعد ثبوت اهليته نعم يراعيه فان تغير حاله الى حالة من الاحوال الثلاثة
عامله بما ذكرناه هكذا اورده صاحب البحر وغيره نعم في الحالة التي يقر المال
في يده لو كان موجودا فلو ادعى انه صرفه في جهاته قال الرافعي فان كان مستحقوه
بالوصية معينين لم يتعرض له لانهم يطالبون لو لم يصل اليهم وان كانوا
غير معينين فالقول قوله ولا يضمنه ولو كانوا اطفالا ونحوهم فعلى ما تقدم
حكمهم في باب الحجر وفي تعليق القاضي الحسين ان الوصي اذا ادعى انه قد انفذ
الوصاية وفرغ فالقاضي بالخيار ان شاء حاسبه وان شاء ترك وفي الحالة
التي ينزع المال من يده لو كان باقيا فلو كان قد تصرف فيه قال الماوردي
وغيره فان كان مستحقه معينا بالوصية تبرعا او في وفاء دينه فلا يتعرض له
والمستحق هو المخاصم وان كان غير معين او كان لطفل قال الماوردي
فان كان فسقه خفيا يفتقر الى الاجتهاد نفذ تصرفه ولم يمض الاجتهاد
ما لم يحكم القاضي بفسقه وان كان فسقه ظاهرا لا يفتقر الى اجتهاد
رد تصرفه وغرمه اذا لم يمكن التدارك كما اذا فرق على المساكين قال
وليس له ان يرجع على المساكين بما فرقه وان صدقوه على الوصية لانه
يقر بوصوله اليهم بحق وفي المهذب حكاية وجهين في ضمانه في هذه الصورة
ووجه المنع بانه دفعه الى مستحقه فهو كالمعين والمختار في المرشد
الاول واطلق الرافعي القول بالضمان عند وجوده فاسقا لتصرفه لا عن
ولاية من غير تفصيل بين فسق خفي او ظاهر نعم حكي انه لو ادعى انه

للتعدي

فرق الثلث الموصى به لغير معينين خوفا عليه من ان يضيع وجهين في ضمانه
واظهرهما الوجوب ويظهر ان يبنى الخلاف فيما اذا فرقه الوصي الفاسق في
حالة الخوف على ما اذا فرقه من ليس بوصي في هذه الحالة وهو عدل وفيه
وجهان حكاهما ابن الصباغ وابو الطيب فان قلنا يضمن وهو الصحيح في
تعليق ابي الطيب والمختار في المرشد فالوصي الفاسق اولى والا فوجهان
واذا جمعت بين ما حكاه في المهذب وغيره واختصرت قلت في ضمانه عند تفرقه
في غير معين ثلاثة اوجه ثالثها ان كان في حال الخوف لم يضمن والا ضمن وقد
اتفق الكل على ان مستحق الثلث لو كان معينا لم يضمن الوصي ولا الاجنبي وان لم
يكن ثم خوف لان للمعين الاستقلال بالاخذ **قال** ثم ينظر في امر امناء القاضي
اي الذي كان قبله المنصوبين للنظر في اموال الايتام والمحجور عليهم
الذين لا وصي لهم وفي تفرقة الوصية لما ذكرناه والخبر في التقديم
اليه كما حكاه الماوردي واذا نظر فيهم فان كانوا باقين على حالهم في
العدالة والكفاية اقرهم قال ابن الصباغ ولا يحتاج الى توليه لان
الذي قبله ولاهم وان كان قد تغير حال احدهم بفسق عزله وان كان
بضعف ضم اليه من يعينه وفي تعليق القاضي الحسين والبحر انه بالخيار
ان شاء انتزع ذلك منه عند بقائه على الاستقامة وان شاء اقره وحده
او ضم اليه غيره والامر في باقي الاحكام كما تقدم في الاوصياء ولا بد من
اقامة البينة على ان القاضي المنصرف قد ولاه ولا يقبل قول المنصرف
انه ولاه فلو لم تقم بينة فعل ما انفق وادعى غرمه على اليتيم وعلى غيره
حكمه فيه كالمستولي عليه من غير توليه احد قاله القاضي الحسين **فروع** اذا
فعل الامين ما لا يجوز عن جهالة به لم ينعزل ويرد ما فعل فان امكن
استدراكه لم يغرمه والا غرمه واذا ادعى الامين ان القاضي المنصرف
قطع له اجره فان اقام على ذلك بينة وكان ذلك القدر اجر المثل عمل بها

وان كان

وان كان اكثر من اجر المثل رد الزائد عليها وان لم يقم بذلك بينة ففي
الاجر قولان في تعليق القاضي الحسين اصحهما لا شيء له والاخر القول
قوله فيحلف ويستحق اجر المثل وقد حكى الماوردي الخلاف المذكور وجهين
وانهما ماخوذان من الوجهين فيما اذا ادعى راكب الدابة اعارتها وادعى
المالك اجارتها في انه هل يستحق عليه الاجر ام لا فان قلنا لصاحب
الدابة الاجر استحق الامين هنا والا فلا وتبعه الروياني في ذلك وقال
الامام ان الخلاف هنا مبني على الخلاف فيما اذا استعمل الغير عملا ولم يسم
له اجره هل يستحقها ام لا وعلى القاضي بعد تصفح احوال الامناء والاوصياء
ان يثبت في ديوانه حال كل امين ووصي وما حدث من الاحوال ومن بان عليه من
الايتام ليكون حجة للجهتين فان وجد ذكره في ديوان القاضي الاول عارض
به وعمل بالاحوط منهما قاله في الحاوي ولفظه في البحر يجب على القاضي ويسرد ذلك
قال ثم في امر الضوال واللقطة بالمعنى الذي ذكرناه والضوال الماشية
من الابل والبقر والغنم واللقطة كالمتاع والاعيان هكذا قاله ابن الصباغ
وقال البندنيجي ان الضوال ما كان من البهائم التي لا يجوز التقاطها وهو
ما امتنع من صغار السباع كما ذكرناه في بابه وينظر في الضوال ان كان في
بقائها غرر او يحتاج الى مؤنة باعها وحفظ ثمنها والا ابقاها وتركها
في الحمى لم يلزمها (حفظها) وينظر في اللقطة من الذي وجدها ان اختار تملكها فهو
احق بها وان لم يختر ذلك امر امينا باخذها ويحفظها على صاحبها
وان راى ان يخلطها بمال بيت المال حتى اذا جا صاحبها اعطاه قيمتها
من بيت المال فعل هكذا حكاه ابن الصباغ وقال البندنيجي ان ينظر فيما اذا
ردها الملتقط ولم يختر تملكها فيحملها الى الحاكم ليحفظها على ربها
فينظر ان كانت مما لا مؤنة في حفظها كالجواهر والاثمان حفظها على
ربها وان كانت مما لاستبقائها مؤنة كالاطعمة الجافة او الحيوان

الذي يحتاج في حفظه الى الانفاق عليه باعه وحفظ ثمنه عن صاحبه
وكذا ينظر في الوقوف العامه والخاصه كما قاله الماوردي اما العامه
فلان مستحقها لا يتعينون فلم يقف النظر على مطالبه واما الخاصه فلان
منتهاها الى من لا يتعين من الفقرا والمساكين ويكون نظره هل افضت اليهم
ام لا وهل يستحق الولايه على من يتعين منهم لصغر او جنون او سفه وليتعلم
سبيلها فيحمل على شروط واقفها وان تغير حال الولي عليها دخل ما قدمناه
في الاوليا والاوصيا ومن تمام نظره فيها تعرضها بالاسجال عند تطاول المده
ليكون الحجه باقيه ومثبته في ديوانه وقد حكي في ذلك في باب الوقف عن نص
الشافعي كما حكاه القاضي ابو الطيب في باب عقد الذمه **تنبيه** كلام الشيخ في هذا
الفصل والذي قبله يعرفك ان ولايه القاضي يتضمن النظر والتصرف فيما ذكره
كما اقتضى كلامه في اثنا هذا الباب وغيره يتضمنها التصرف في امور اخر وقد تكلم
الاصحاب فيما تقتضيه مطلق القضا وملخصه انه يستفيد به سماع البينه والحكم
والتحليف وفصل الخصومات بصلح او عن تراض واستيفا الحقوق والحبس عند
الحاجه والتعزير وتزويج اللواتي ليس لهن ولي خاص والولايه في مال الصغار
والمجانين والسفها عند عدم اوليا النسب والاوصيا والنظر في الضوال
والوقوف حفظا للاصول وايصالا للغلات الى مصارفها بالفحص عن حال المتولي
اذا كان لها متولي والقيام به اذا لم يكن والنظر في الوصايا وتحصيل المصروف
اليه اذا كانت الوصيه لجهه عامه اذا لم يكن له وصي وله الفحص عن حال
الوصي ان كان كما تقدم وله النظر في الطرق والمنع من التعدي فيها بالابنيه
واشراع ما لا يجوز اشراعه كذا اطلقه الماوردي في الاحكام وغيره وفي الحاوي
ان جاء متظلم دخل في ولايته ونظر فيه وان لم يات متظلم دخل ذلك في
الحسبه وكان احق بالنظر فيه فان لم يفتقر الى اجتهاد تفرد به المحتسب
وان كان القاضي بالاجتهاد فيه اولى من المحتسب ويكون المحتسب فيه منفذا
لحكم القاضي وله نصب المفتين والمحتسبين واخذ الاعوان كما قاله في الاشراف

وفصل

وفصل الماوردي فيها فقال ان كان الامام لها ناظرا خرجت من
عموم ولايه القاضي وإلا فوجهان قال الرافعي ويشبه ان يطرد هذا
التفصيل في المحتسبين وكذلك القول في امامه صلاه الجمعه والعيدين
قال الماوردي ان كان الامام لها مستخصا خرجت من عموم ولايه القاضي
والا فوجهان قال الرافعي ويقرب من هذه الامور نصب الايمه في
المساجد وله الحكم بنفقات الاقارب والزوجات والفروض وتقديرها
برايه واجتهاده والنظر في التعديل والجرح والتقليد والعزل وله اقامه
الحدود على مستحقها فيما يتعلق بحقوق الادميين كحد القذف والقصاص على
النفوس والاطراف فاما ما يتعلق بحدود الله تعالى المحضه كحد الزنا
والشرب الخمر وتارك الصلاه فقد جزم في الاحكام بان له اقامتها ابتدا
من غير طلب وقال في الحاوي ان تعلقت باجتهاد كان القاضي احق بها
وبا من ولاه المجاورتا استيفاها وهو اولى من مباشرتها بنفسه وعليهم
ان يعملوا بامره فيها وان لم يتعلق باجتهاد كان الامير احق بها لتعلقها بقوه
السلطنه فان تعلق بها سماع البينه سمعها القاضي واستوفى الامير
واطلق في الاشراف القول بانه لا يفعل من يد دونه ولا يستوفي حد دونه فان
فعله كان على غيره القاضي وله كما قاله في الاشراف اقطاع اراضي رقبتها
للمسلمين في ولايته وفي جبايته الخراج والجزيه وحفظ مال بيت المال خلاف
بين الاصحاب والاظهر في الرافعي وبه جزم الماوردي المنع والنظر في اموال
الغيب قال الماوردي ان علم اربابها فلا نظر للقاضي فيها الوقوعها على اختيار
وان لم تعلم اربابها لانهم ورثوها وهم لا يعلمون فهي داخله في نظر القاضي وعليه
حفظها حتى يعلموا او يوكلوا فيخرج حينئذ من نظره قال الامام في
اول كتاب الفي والغنيمه وحفظها يكون بصيانتها ان لحق هلاكها وان
خشي فقدها باتلف عمل خوف القوات بالحليه واخوف بلف المعظم

قسم

ولا يجوز البيع عند خوف الاختلال الذي لا يترامى الى تلف المعظم ولم يكن
سارياً الان معظم الائمة لا يجوزون ذلك اضياعاً وهذا اذا امتدت
الغيبة وعسرت المراجعة قبل وقوع الضياع ولم يمكن تدارك الضياع
بالاجارة فلو امكنت المراجعة او لم ينقطع الخبر انقطاعاً يغلب على الظن
الاياس من العود قبل المستدرك فلا يسوغ التصرف مطلقاً ولو امكن
التدارك عند عسر المراجعة بالاجارة اكتفى القاضي بها ولم يبع قال الامام
واجارة القاضي املاك الغيب في معنى بيع الاعيان المشرفة على الهلاك فان
المنافع معرضة للضياع على ممر الزمان قال وهذا اذا لم يصدر من الغائب نهي
عن التصرف في ماله الا بجواز التصرف فيه كان من حيث ان قرائن الاحوال تدل
على ان الغيب لا يابون ان يراعى حقوقهم من يلي امر المسلمين فلو فرض من
المرء عند الغيبة نهي عن البيع وانتهى الامر الى الضياع فلست ارى البيع
جائزاً والحالة هذه الا ان يكون حيواناً فانه يباع لاجل حرمة الروح ثم يباع
في حضرته اذا كان لا يستقل بالانفاق عليه **قال** وان كان القاضي قبله لا يصلح
للقضاء نقض احكامه كلها اصاب فيها او اخطأ لانه حكم من لا يجوز حكمه
فوجب نقضه كما لو صدر عن بعض الرعية من غير تحكيم وهو ما اورده
السرخسي والبغوي والمصنف قال الرافعي وغيرهم وكلام الغزالي في الوسيط
الذي حكيناه من قبل مصرح بان من ولاه السلطان ذو الشوكة ينفذ احكامه
وقد حكينا عن صاحب الحاوي ايراده ايضاً الا وذكرنا ما قيل في ذلك وفي البحر
ان امراة لو قلدت القضاء على مذهب ابي حنيفة فيما يجوز ان يكون شاهداً فيه
وحكمت هل للشافعي نقض حكمها قال الامام جدي فيه وجهان احدهما
ينقض وهو اختيار الاصطخري والثاني لا ينقض لانه مجتهد فيه
قال وان استعداه خصم على القاضي قبله لم يحضره حتى يساله عما بينهما
لجواز ان يقصد تعنته وتبذله وتحليفه بغير حق **قال** فان ادعى عليه مالاً

عصبة

عصبة او رشوة اخذها على حكم احضره لانه ذكر سبباً محتملاً
ويتعذر اثباته قبل احضاره وهذا الحكم فيما اذا ادعى عليه ديناً وغيره
ثم للمعزول ان يوكل عنه في سماع الدعوى عليه ولا يحضر واذا حضر استوفيت
الدعوى عليه فان اقر او قامت عليه بينة بالمدعى حكم عليه به وان
انكر ولا بينة فالقول قوله مع اليمين كما صرح به الماوردي وقال القاضي
ابو الطيب في دعوى الرشوة انه يحلفه كما سيأتي **قال** وان قال حكم
علي بشهادة عبدين او فاسقين اي وهو يعلم ذلك وانه لا يجوز وانا اطالبه
بالغرم فقد قيل يحضره لان ما ادعاه محتمل فجاز عليه الحضور كما لو
ادعى عليه مالاً وهذا قول الاصطخري وابن القاص كما حكاه ابو الطيب
وهو الاصح عند القاضي الروياني في البحر وعند غيره ايضاً كما قاله الرافعي
وقيل لا يحضره حتى يقيم المدعي بينة انه حكم عليه لان الظاهر من احكام الحكام
نفوذها على الصحة فلم يجز ان يعدل بها عن الظاهر الا ببينة صيانة
لولاة المسلمين عن البذلة والامتهان وجهاً قال ابن يونس ولانه يسهل على المدعي
اقامة البينة على الحكم لانه يقع ظاهراً بخلاف اخذ المال وهذا فيه نظر
لان القاضي ابا الطيب قال انما تسمع البينة على هذا الوجه اذا شهدت
على اقراره بانه حكم عليه بشهادة لا يجوز الحكم بها واذا كان كذلك فهو كالمال
سواء فالصحيح الافصح ان البينة ان تشهد على اقراره بذلك احضره وان
شهدت بما ادعاه المدعي احضره وهذا الوجه اصح عند صاحب الكتاب
وفي الحاوي حكاية وجه ثالث انه ان اقترن بدعواه امارة تدل على صحتها
من كتاب او محضر ظاهر الصحة احضره وان تجردت الدعوى عن امارة لم يحضره
وفي هذا الوجه يندرج ما حكاه ابن يونس انه قال يكفي في احضاره ان يقيم
بينة انه حكم عليه بقضايا ولو ادعى المدعي ان الحاكم اخذ منه المال
بشهادة المذكورين ودفعه الى فلان احضره جزماً لان هذا الاخذ

كالغصب قال الشيخ فان حضر اي من يقال على الوجه الاول او
باختياره من يقال على الثاني كما قاله في البحر وقال حكمت عليه بشهادة
حرين عدلين فالقول قوله مع يمينه اي بعد استيناف الدعوى كما
صرح به الماوردي لانه امين ادعي عليه خيانة انكرها فكان القول
قوله باليمين كالمودع وقيل القول قوله من غير يمين لان في تحليفه
امتهانا له وابتذالا وفي خصوم الحاكم كثرة فربما ادى ذلك الى الرد
بتولي اجر القضا لما يلحقه من عاقبته من الابتذال وهو قول
الاصطخري وصاحب التلخيص والتهذيب وايراد القاضي ابي الطيب يقتضي
ترجيحه وقد صححه الشيخ ابو عاصم والبغوي والماوردي كما قال الرافعي
قال والاول اصح لما ذكرناه وان حقوق الادميين تستوي فيها الكافة وقد
حكى الرافعي هذا عن اختيار العراقيين والقاضي الروياني وهو كذلك
في البحر وفي الحاوي فنسبه الى ابي اسحق اما اذا احضر بعد اقامة
البينة عليه بالمدعى فلا يمكن تجديد الدعوى ولا يتجه الانكار لوجود
البينة نعم له الطعن بما يستدفع به او لابد من الاداء وجهه على
المعهود ولا فرق فيما ذكرناه بين ان يكون المدعى حكما في مال او دم وقد
نقل الغزالي الخلاف المذكور في الاعداء في سماع اصل الدعوى وقال انه
مبني على الخلاف في ان الحكم بشهادة العدلين من نفي معناها هل
يقتضي اغرما واشار بهذا الى ما يجب بخطأ الامام هل يجب في ماله (او في)
او على عاقلته ان كان يتحمله ام لا يجب الا في بيت المال فان قلنا بالثاني
لا تسمع الدعوى عليه والا سمعت كما في قتل الخطأ والطلق في الاشراف
ان محمد بن جرير الطبري وغيره من اصحابنا قالوا لا ينبغي ان يفوق
سهمه من هذه الدعوى نحو القاضي ان فيه تشنيعا عليه وهو مستغن
عن هذا التشنيع عليه بان يقيم البينة على فسق الشهود وحكى عن

بعض

بعض الاصحاب انه قال دعوى الطعن في الشهود مسموعة على القاضي
لانه ربما يتعذر عليه اقامة البينة وقال الرافعي ان ما ذكره الغزالي
من الخلاف غير معروف نعم ان كان المحكوم به قطعا او قتلا فعن الاصطخري
ان القاضي انما يضمن اذا استوفاه بنفسه او امر من استوفاه فاما
اذا استوفاه الولي باذن القاضي فلا ضمان على القاضي وخالفه الاكثرون
وقالوا لا فرق فان القاضي هو الذي سلط الولي فيحتمل ان يجري هذا الخلاف
في الاموال انتهى قلت وما انكره الرافعي على الغزالي غير متجه عليه لان
الامام حكاه ولفظه اذا ادعى على الاول انه ترك الصواب في حكمه
وقضى بشهادة عبدين او معلنين بالفسق فهل يقبل القاضي الجديد
هذه الدعوى ذكر العراقيون فيه وجهين احدهما لا تقبلها ولا يحضر
المعزول لذلك وهذا ليس بشيء والوجه القطع باستحضاره والبحث
عن حقيقة الحال **فرع** اذا ادعى على القاضي بعد العزل انه قبل اي
قال قبلته في ايام ولايته قودا او عرف القاضي فاصابه ما يسوى من الزمان
قال صاحب التهذيب فالقول قوله ولا يمين عليه وذكر العبادي انه
الصحيح قال في الاشراف وعلى طريقة ابي حامد يحلف ثم قال وعلى
بناوها على طريقة ابي حامد على قولين في تبعيض الاقرار وهو اذا قال
له علي الف من ثمن خمر وهذا حكم الدعوى على المعزول اما الدعوى
على المتولي فان كانت مما لا يتعلق بالحكم خاصمه بها خليفته او قاض
اخر كما سبق وان ادعى ظلما في الحكم واراد تغريمه لم يلتفت ولم يحلف
القاضي ولا تعين دعواه الا بالبينة وكذا لو ادعى على الشاهد انه شهد
بالزور واراد تغريمه لانهما امينان شرعا ولو فتح باب تحليفهما
لا تسلسل الامر ورغبت القضاة عن القضاء والشهود عن اداء الشهادات
وهذا ما حكاه الامام في باب الامتناع عن اليمين وكذا الحكم لو قال

للقاضي قد عزلت رابك وعن الشيخ ابي حامد ان قياس المذهب
التحليف وجميع ذلك حساب في الفناء اذا ادعى عليهم خيانة وهو
ما جزم بتخريجه القاضي ابو الطيب في الشهود وقال ان الشهادة عليهم
بالتزوير انما يتصور بالاقرار قال وان قال جار على خلاف الحكم
فان كان في امر لا يسوغ فيه الاجتهاد اي بان يكون مخالفا للنص او
الاجماع او القياس الجلي وما في معناه كما سنذكره وقد بان المدعي بالبينة او
باقرار الخصم نقض حكمه كما ينقض حكم نفسه اذا ظهر له ذلك وقد روي
ان علي بن ابي طالب نقض حكم شريح لما حكم في ميراث امراة ماتت وخلفت زوجا
وابني عم احدهما اخ لام بان للزوج النصف والباقي للاخ من الام تشبيها
بالاخ من الاب والام مع الاخ من الاب وقال له في اي كتاب وجدت هذا
وحكم علي للاخ من الام بالسدس وقسم الباقي بينهما نصفين لاعتقاده
ان ما قضى به شريح مخالف لنص الكتاب العزيز فان الله تعالى يقول وان كان
رجل يورث كلالة وسنذكر في اواخر الباب الثاني لعله ايضا ادلة جواز
النقض قال وان كان يسوغ فيه الاجتهاد فيمن الكلب وضمان خمر
الذمي فان وافق رايه لم ينقض لانه الحكم به بل يجب عليه تنفيذه
وان خالفه فقد قيل ان احدهما ينقضه قال ابن الخل لانه حكم يتعلق
باجتهاده فاذا خالفه لم يعتد به والثاني لا ينقضه لان نقضه يمنع
استقرار حق احد لانه يتسلط كل من ولي القضاء على نقض احكام من
قبله وهذا ما اختاره النواوي واعلم ان بعض الشارحين لهذا الكتاب
وهو شيخ الفاطمة للشيخ للاعتراض عليها اعترضوا على الشيخ في المذاهب
منهم قال العراقي بعدم النقض في هذه الصورة لم يذكر ومذاهب الكل
سواه وغير المذاهب فالقول بالنقض في هذه الصورة على خلاف الاجماع
لان ما يسوغ فيه الاجتهاد اذا اتصل به حكم حاكم نفذ ولا يجوز لاحد

نقضه

نقضه وعلى هذا امضى الخطور ولو فتح هذا الباب لوقع
الناس في حرج عظيم في نقض الاحكام واسترجاع ما مضى من
الامور بمجرد الوهم والخيال والطيش في القول في ذلك ثم قالوا
لعمري حكى المحاملي في المقنع قولين فيما اذا خالف رايه على غير هذا
الوجه وهما منتجهان كما قال بعضهم احدهما بنقضه والثاني لا
ينقضه بل يمتنع عن الحكم في تلك الواقعة لترفع الى غيره كما يمتنع من
القضاء لنفسه ولولده على خصمه قلت وما ادعى من ان نقض الحكم
في الذي يسوغ فيه الاجتهاد خلاف الاجماع لا دار في كلام الاصحاب
ما خالفه وقد وافق عليه ابن الصباغ حيث قال وقد اجمع الصحابة
على ذلك فان ابا بكر حكم في مسائل باجتهاده وخالفه فيها عمر ولم
ينقض حكمه واما حكاية القولين في انه اذا خالف رايه هل ينقضه
او يتوقف فهما صحيحان وقد اوردهما ايضا البندنيجي وابن الصباغ
وصاحب الكافي وغيرهم عند الكلام في النظر في امر المحبوسين وبينهم
في ذلك والرافعي حكاهما وجهين عن رواية ابي الفرج السرخسي وان اصحهما
انه يتوقف وهو الذي عليه العمل وان ابن حجر حكى مقابله عن النص ان السيف
اغا به على ما هو خطا عنده ومع هذا فمعنى ما اورده الشيخ اجوبة ذكر
منها الاولين صاحب المسائل احدهما حمل كلام الشيخ على ما حكاه المحاملي
وغيره ان نقض الشيء يكون بحقيقة اذا انتقض بجملته واذا انتقض بعضه لم
يمتنع اطلاق اسم النقض عليه بطريق المجاز دليله الحائط اذا انتقض
بعضه يصح ان يقال نقض الحائط واذا كان كذلك فحكم امضائه نقض
لبعض الحكم فصح هذا الاطلاق وعليه الثاني حمل ما قاله الشيخ
على بعض الصور التي يسوغ فيها الاجتهاد لا على كلها وهي اذا حكم
حاكم بشفعة الجوار ثم رفع الى حاكم شافعي فللشافعي نقضه لان

بناء على شفعة الجوار هل ينقض حكمه ام لا والجديد النقض لان
الجديد عدم ثبوتها والقديم المنع لان القديم ايضا تثبت حكاه
الغزالي وغيره واذا حكم حاكم بانقطاع زوجية امراة المفقود ثم جاء
حاكم اخر وخالف رايه راي الاول ففي نقضه قولان احدهما نعم
بناء على الجديد والثاني لا بناء على القديم لكن للمنازع ان يمنع هذا
الجواب لان من نقض الحكم في الصورتين مستنده ان ذلك مخالف
للنص والقياس الجلي فلم يتواردا على محل واحد ثم ايضا المراد
ان يجري القولان عند مخالفة رايه وعلى هذا التقدير لم يجامع
المخالفة بل من اعتقد الجواز لم ينقض ومن منع الجواز نقض والثالث
وهو ما خطر لي ان هذا السوال انما جاء من اعادة الضمير في قول
الشيخ وافق رايه او خالفه الى القاضي الذي ترافعا اليه لانه محل
دعوى ابن الصباغ وعدم الاجماع عند المخالفة على عدم النقض
وانا اقول عوده الى القاضي المعزول محتمل ويكون تقدير الكلام ينظر في
الحكم فان وافق رايه راي الحاكم المعزول بان كان حنفيا وحكم بضمان
خمر الذمي وفيه الحكم المعلم لم ينقضه اي الحاكم المولى للاجماع كما
ذكرناه من قبل وقد حكينا عند الكلام في المجتهدين اتفاق الاصحاب
عليه وان خالفه اي خالف راي الحاكم المنصرف بان كان شافعيا وحكم
بذلك ففيه قولان احدهما ينقضه وهو ما حكيناه عن الاصحاب من قبل
لانه حكم بما في مذهبه فهو باطل والثاني لا ينقضه لان اقدامه على
الحكم دليل على انه نظر في دليله فراه صوابا وهو لو صرح بذلك لم ينقضه
فكذا عند الاطلاق لان تصرف الحكام محمول على الصحة ظاهرا الا ترى
انه اذا ولى شخصا امرا حملنا [illegible] استجماع جميع الشرائط
المعتبرة فيها وان لم يصرح بها وهذا القول لم اره منقولا هكذا ولكنه

الذي

الذي ينقضه قواعدنا وتظهر صحته ويحتمل ان يكون اصل القولين
ان المجتهد في مذهب امامه اذا افتى القضاء وراى غيره صوابا
هل له الحكم به ام لا وفيه خلاف ذكرته عند الاستخلاف فان
قلنا انه لا يجوز نقضه لانه حكم بما لا يجوز كما يقول ينقض قضا
القاضي بعلمه اذا قلنا ان القضا بالعلم لا يجوز وان قلنا يجوز لم
ينقضه ويعضد هذا ان الغزالي في المستصفى قال اذا حكم مقلد
بخلاف مذهب امامه هل ينقض ان قضينا بانه لا يجوز للمقلد ان يتبع اي
مفت شاء بل عليه اتباع مقلده الذي هو احق بالصواب في ظنه فينبغي
ان ينقض حكمه وان جوزنا ذلك فاذا وافق مذهب ذي مذهب وقع الحكم
في محل الاجتهاد فلا ينقض اما اذا لم يتظلم متظلم في حكم من قبله فهل
له ان ينظر في احكامه فيه وجهان في الحاوي احدهما وهو قول الشيخ ابي حامد
انه يجوز وان لم يجب عليه ذلك لا لتعد الرفع لما فيه من فضل الاحتياط والثاني
وهو قول جمهور البصريين لا يجوز له ان يتعقبها من غير متظلم لانه يتتبع
فلذا حامي الولاة يتوجه عليه مثله ثم اذا انتبع احكام من قبله فان كان فيها
ما يتعلق به حق الله تعالى مثل الطلاق والعتاق وغيرهما قال القاضي ابو الطيب
فسخه ان وجد مخالفا لما لا يجوز مخالفته وان لم يتعلق به حق الله تعالى لم
يفسخه ولم يتعرض له لان له مستحقا معينا انتهى هل على القاضي تعريف
الخصم من صور الحال ليترافعا اليه فينقض الحكم قال القاضي ابن كج عن
ابن سريج انه لا يجب الا ان عرفا انه بان الخطا وعن ساير الاصحاب انه يجب
وان علما انه بان الخطا لانهما قد يتوهمان انه لا ينقض الحكم ويتبع بعضهما
ليرتفع التوهم فرع نختم به الباب حكاه الامام قبيل باب القسمة من
اليمين اذا نكح رجل امراة ثم استفتى فيها مفتيا فافتى له بفساد النكاح
والمسالة مجتهد فيها فهل تبين المراة على الرجل بالفتوى ذكر صاحب التقريب

في قضاء غيره لانه وجهين احدهما لا وان وقع الرضا بالفتوى وانما
ينقطع النكاح بقضاء القاضي والثاني نعم لان اتباع الفتوى حتم على
المكلف وذكر وجها ثالثا مفصلا فقال ان صحح النكاح قاض فلا والفتوى
لا ترفعه وان لم يتصل بتصحيحه قضاء قاض ارتفع بالفتوى والماوردي
عند الكلام في ان الحكم اذا وقع بعقد ظاهرا او باطنا ام لا قال ان المناكح
المختلف فيها كالنكاح بغير ولي ونحوه للزوج فيها حالتان احداهما في
عقده والاخرى في حله فاما حال العقد فان كانا من اهل الاجتهاد جاز لهما
ان ينفردا بالعقد باجتهادهما من غير حكم حاكم واستفتاء مجتهد وان كانا
من غير اهل الاجتهاد ففي جواز انفرادهما بالعقد من غير اجتهاد
حاكم واستفتاء مجتهد وجهان احدهما يجوز ما لم يمنعهما ذو حكم لما في
الاجتهاد من اباحته والثاني لا يجوز ما لم ياذن لهما ذو حكم لما في الاجتهاد
من خطره واما حالة الرفع والحل فان اختلف الزوجان فيه فلا يرتفع
الا بحكم حاكم وان اتفقا عليه من غير طلاق فان كانا من غير اهل
الاجتهاد فلا يرتفع بانفسهما وينظر فان وجدا حاكما لم يرتفع
الا بحكم حاكم لمجاوزته الى من يعقد النكاح من بعده وان كان الزوجان
من اهل الاجتهاد ففيما يرتفع به العقد وجهان احدهما يرتفع باجتهادهما
اعتبارا بعقده والثاني وهو قول ابن سريج لا يرتفع الا بحكم حاكم لمجاوزتهما
الى من يعقد النكاح من بعدهما **اخر** اذا ادعى عند القاضي خصمان وقالا
ان بيننا خصومة في كذا وقد فصلها القاضي فلان بيننا وحكم بكذا ولكنا
نريد ان تستانف الحكم بيننا باجتهادك ونرضى بحكمك واجتهادك
في كذا والا...
فعن القاضي ابن كج فيه حكايته وجهين فيه اشبههما في الرافعي الثاني

باب صفة القضاء اذا جلس بين يدي القاضي
خصمان فله ان يقول لهما تكلما لانهما ربما هاباه في الابتداء بالكلام وهذا

نصه ومعناه

نصه ومعناه ليتكلم المدعي منكما والا فكلامهما معا ممنوع منه
قال في الحاوي واذا كان سكوتهما للتاهب للكلام او لهيبة حضرتهما
عن الكلام امسك عنهما حتى يتحرر للمتكلم ما يذكره ويسكن نفوسهما
والاولى ان يكون القائل لهما تكلما القائم على راس القاضي او من بين يديه
قال وله ان يسكت حتى يبتدئا لانهما حضرا للكلام فلا نص عليه ايضا ولا
يقول لاحدهما تكلم لانه اذا افرده بالخطاب يكسر قلب الاخر كذا
ذكره القاضي ابو الطيب وابن الصباغ وغيرهما وحكى الرافعي وابن سداد
انه اذا علم المدعي منهما فله ان يقول له تكلم قال الماوردي والاولى في
اداب الخصمين اذا جلسا للتحاكم ان يستاذنا القاضي في الكلام وما ذكره
الشيخ متبعا فيه النص من السكوت عنهما الى ان يتكلما محمول على ما
اذا وقع منهما ما ذكرناه اما اذا كان السكوت لغير سبب لم يتركهما على
تطاول الامساك بل يقول لهما ما خطبكما وفي ادب القضاء لابن ابي الدم
انه حسن ان يسكت ولا يقول شيئا فان ادعى واحد منهما والا قاما من مكانهما
فان ادعى كل منهما على الاخر ولم ... منهما بالدعوى لسبقه ومنع الاخر
من الكلام لان ذلك يفسد نظام الدعوى ويمنع كل واحد منهما من ارسال
عرضه او ان يحيف عليه والقاضي جلس للعدل **قال** فان انقضت خصومته
سمع دعوى الاخر اي اذا لم يعارضها بسبق غيره كما ذكرنا من قبل لانه
حسن لما انه منهما ولو لم يسبق احدهما بل تكلما معا فالذي حكاه
الامام عن العراقيين وبه جزم في الوسيط الاقراع وهو المحكي في
الشامل عن الشيخ ابي حامد وحكى الماوردي معه وجها اخر انه يصرفهما
حتى يتفقا على من الطالب منهما والذي حكاه ابن يشداد انه يسال من
العون عمن قال انه احضره فهو المدعى عليه وان كانا قد حضرا بانفسهما
اقرع **قال** فان قطع احدهما الكلام على صاحبه اي في الدعوى او ظهر

منه لدد اي التواني في الخصومة مثل ان قال استحلف خصمي فلما
شرع في استحلافه قال اقطع حتى اقيم البينة ولم يكن له بينة او قال لما
اراد الحاكم ان يحكم لي بينة اقيمها ثم عاد ورفعه ثانيا ولم يقم بينة
وما اشبه ذلك مما يعلم منه انه قصد الاضرار والعنت "او سوء
ادب" اي مثل ان عرض للحاكم بانك ظلمتني او حملت علي بغير حق ح قاله
السند سنح قال نهاه ليرجع الى الحق وصورته ان يقول ذلك لا يجوز ولا يسدل
الناس قال وان عاد زبره اي اغلظ له في الكلام بان يصيح عليه او يبوعه
ليقف عند حده قال فان عاد عزره اي اذا رآه لينكف عن مخالفة الشرع
واللدد بفتح اللام ح قاله ابن الصباغ ترك الطريق المستقيم وهو اسم
الوحيد في احد الشقين لا يعدل لانه يميل وسمي الخصم الالد وقال
الماوردي ان اصله لديدي الوادي وهما جانباه حينئذ قال فان ادعى دعوى
غير صحيحة لم يسمعها اي لم يرتب عليها امرا من سؤال الخصم وما يجب
لعدم الشيء فاق ذلك الا قال الاصحاب يقول له صحح دعواك وقد تقدم
الكلام في تلقين الدعوى والاستفسار قال وان ادعى دعوى صحيحة وهي
الموصوفة بما سنذكره في باب الدعاوى ان شاء الله تعالى قال قال للآخر ما
تقول فيما ادعاه عليك اي وان لم يطالبه المدعي بذلك لان به تنفصل
الخصومة ولا معنى للتطويل ويقوم مقام ذلك قوله اخرج عن دعواه
وشبهه وقيل لا يقول حتى يطالبه المدعي اي مثل ان يقول وانا اسال سؤاله
او مطالبته بالجواب لانه حق له فلا يطالب به خصمه الا بعد مسالته ح
كما نقول في اليمين اذا توجهت عليه لا يحلفه الا بعد مسالة المدعي وهذا
اصح عند القاضي ابي سعد قال الشيخ وليس بشيء لان الدعوى تتضمن
مسالة الجواب فانه انما يدعي عليه حتى يسمع جوابه والدعوى من غير
استدعا جواب هذيان من المدعي ويفارق اليمين فان الدعوى لا تتضمن

الاستحلاف

الاستحلاف وقد قال في الاشراف ان اصل الوجهين الخلاف
المذكور فيما اذا جلس بين يدي الحلاق فحلق راسه هل يستحق الاجرة
واصله مسالة المعاطاة في البيع قال الماوردي في باب ما على القاضي
في الخصوم وعلى الوجهين يخرج ما اذا احلفه بالبينة قبل السوال فان
قلنا بالاول نفذ حكمه وان قلنا بالثاني فلا قال فان اقر اي بعد
سوال القاضي بالطلب او بدونه على اصح الوجهين في تعليق القاضي
ابي الطيب والشامل والنهاية وغيرها قال لم يحكم عليه حتى يطالبه
المدعي لان الحكم حقه فيتوقف على اذنه قال الماوردي فيقول القاضي
للمدعي قد اقر لك بما ادعيت فماذا تريد ولا يقول له قد سمعت اقراره
لان قوله قد اقر حكم بصحة الاقرار وليس قوله قد سمعت الاقرار حكما
بصحة الاقرار وقبل الحكم ليس للمقر له ملازمة المقر صرح به الماوردي
قلت ويجي وجه انه لو حكم قبل السوال في هذه الحالة نفذ كما قلنا
بمثله فيما اذا احلف قبل السوال وقد قامت البينة ويحصل ان الرافعي
في كتاب القاضي الى القاضي حكى عن العبادي انه لا يجوز الحكم على المدعى
عليه الا بعد سوال المدعي على اصح الوجهين في الحضر ذلك عادا كان
الحق قد ثبت بالبينة اما اذا اقر قبل سوال القاضي او بعده وقد
صدر بدون اذن المدعي واعتبرنا اذنه في صحة السوال قال في الحاوي
فاقراره مؤاخذ به لكن في حكم القاضي به الخلاف المذكور في القضا بالعلم
فان اجزناه امسك عن سواله لاعترافه بالمراد منه وان منعناه
صار شاهدا فيه ولم يكن ان يحكم به الا ان يعود بعد سواله ويكون
وجوب السوال باقيا ولو كان المدعي قد تفرد بسوال المدعى عليه
بعد الدعوى دون القاضي فالخصم لا يلزمه الجواب لكن هل يقوم
سواله مقام سوال القاضي فيه وجهان ينبنيان على ان للقاضي

المتفرد بالسؤال من غير طلب ام لا فان قلنا بالاول لم يقم مقامه
ويكون الحكم كما لو اقر قبل السؤال وان قلنا بالثاني قام مقامه وكان
كما لو اقر بعد سؤال القاضي المعتد به **تنبيه** في قول الشيخ لم
يحكم الى اخره ما يعرفك ان الحق قد ثبت ولزم بالاقرار وان الحكم لا
يكون الا بعد ذلك وقد صرح به الماوردي والشيخ ابو حامد والقاضي
الحسين حيث قالوا انه لو اقر بالحق فقد لزمه ولكن الحاكم لا يحكم
بذلك الا بعد ان يطالبه المدعي بذلك وهذا بخلاف ما اذا قامت
البينة فان الحق لا يثبت بمجرد الاقامة لان ورا التعديل وقفات
وموقع ريب فلا بد من قطعها باظهار القضا وحكى الامام عن
بعض الاصحاب ان الاقرار كالبينة المعدلة ثم قال وليس يبقى لما
ذكرناه وقد يفهم من لفظ ابن يونس حكايته الخلاف على غير هذا النحو
والرافعي لما حكى الخلاف كما ذكرناه قال والطبع لا يكاد يقبل الخلاف
فيه لانه ان كان الكلام في ثبوت الحق المدعا في نفسه فمعلوم انه لا يتوقف
على الاقرار فلتقع على الحكم بعد الاقرار وان كان المراد المطالبة والالزام
فلا اختلاف في ان للمدعي الطلب بعد الاقرار وللقاضي الالزام وان نظر
ناظر الى وجه ذكرناه في الاقرار ان الاقرار المطلق لا يكفي للمواخذة بل
يسال المقر عن سبب المال الثابت فحال اذا ان الاقرار المطلق
مختلف فيه كان في محل النظر والاجتهاد فاعتبر قضا القاضي على
راي فهذا شي لا يختص بالاقرار بعد الدعوى في مجلس القاضي بل
ينبغي ان يطرد ذلك في محل الاقرار **قال** وان انكر فله ان يقول الك بينة
لما روي ان رجلا من حضرموت جا هو ورجلا من كندة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
في ارض فقال للحضرمي الك بينة فقال لا قال فيمينه **قال** وله ان يسكت
تحرزا من اعتقاد ميل الى المدعي وهذا ما حكاه الماوردي في ادب

على القاضي

على القاضي في الخصوم عن بعض الاصحاب وحكى عن غيرهم انه
ان اختار ان يقول للطالب قد انكرك ما ادعيته فماذا تريد وقال
بعد ذلك انه مخير ان شا قال قد انكرك فهل لك بينة وان شا قال قد
انكرك فما عندك فيه قال والاولى الاول مع من جهل والثاني اولى مع من
علم وفي كتب المراوزة حكاية وجه انه لا يقول ذلك لانه كالتلقين للحجة
فحجة وحكى ابن يونس ان موضع السكوت اذا كان المدعي يعلم ان ذلك موضع
اقامة البينة اما اذا كان لا يعلم ذلك فانه يقول الك بينة وهذا ما افهم
كلامه في المهذب انه على وجه الوجوب **قال** فان قال لي بينة فالقول قول
المدعى عليه مع يمينه اي اذا لم تكن الدعوى في دم كما قد بيناه الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم
البينة على المدعي واليمين على من انكر قال ابن الصباغ وغيره ويسال الحاكم المدعي
هل يختار احلافه ام لا **قال** ولا يحلفه حتى يطالبه المدعي لان استيفا اليمين
حق له فيتوقف على اذنه كالدين ولو حلفه قبل الطلب لم يعتد بها وفي البحر
ان بعض اصحابنا بخراسان قال انه يعتد به وهو غلط وكانه يشير الى ما
حكى الشاشي وان القاضي الحسين حكى ان الشاشي قال ظاهر المذهب ان للقاضي
ان يحلفه قبل طلب اليمين وفي الاشراف نسبة هذا المذهب الى الشاشي
نفسه وحكاه ابو الفرج البزاز وجها ووجهه بان للمدعى عليه غرضا في اليمين
وهو سقوط المطالبة والملازمة وادعى انه اصح قال القاضي الحسين والذي
قاله اكثر اصحابنا الاول وعلى هذا قال الامام في باب اسماع اليمين وحق على
القاضي ان يقول للمدعي احلف خصمك ان اردت ولا قاطع طلبتك عنه وان لم
ترفعه الى مجلس الحكم ثم لا يعتد باستحلاف القاضي قبل الطلب لا يعتد
بها بعد الطلب وقبل احلاف القاضي كما صرح به القاضي الحسين وفي الحاوي
انه هل يجوز للقاضي ان يعرض عليه اليمين قبل سؤال المدعي اذا لم يبتد
باليمين قبل الطلب فيه وجهان احدهما عن ابن سريج انه يجوز ليعلم اقدامه

عليها فيعظه او يحذره وقال في باب موضع اليمين لو فوض الحاكم
الى الحالف اليمين فاستوفاها على نفسه كان الحاكم مقصرا وهل يجوز
فيه وجهان محتملان احدهما يحتسب بها لانها باجتهاد الحاكم وعن
امره والثاني لا لانها تصير محمولة على نية الحالف وهي مستحقة على نية
المستحلف فكان غير المستحقة **فرع** لو قال المدعي للمدعى عليه قد ابرأتك
عن اليمين سقط حقه من اليمين في هذه الدعوى وله استيناف الدعوى
وتحليفه ذكره في التهذيب والمطلب ويظهر ان ذلك مبني على مذهب
العراقيين الذي ستذكره اما اذا قلنا بمذهب المراوزة فيظهر ان لا
يسوغ الدعوى عليه ثانيا **قال** فان نكل المدعى عليه عن اليمين اي بان
قال بعد قول القاضي له قل بالله او احلف بالله لا احلف او انا ناكل وهو
عارف بمعنى النكول رد اليمين على المدعي اي اذا كان الحق له لان عمر
بدا باليمين على المدعى عليهم ولما لم يحلفوا ردها على المدعين وعن ابن
ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق وسيذكر في باب اليمين
في الدعاوى ما يقوي ذلك قال الغزالي ولا يحتاج في هذه الحالة الى قضاء القاضي
بالنكول حتى لو قال المدعى عليه بعد قوله لا احلف او انا ناكل انا احلف
لم يجد اليه سبيلا وهذا ابداه الامام في كتاب الدعاوى احتمالا لنفسه
وحكاه في كتاب الاقرار عن رواية شيخه عن بعض الاصحاب ولم يحك الرافعي عن
رواية الامام سواه وقال ان غيره وافقه عليه والذي صدر به الامام
كلامه في كتاب الاقرار انه لو اراد بعد قوله نكلت عن اليمين او لست
احلف الحلف كان له ذلك ما لم يجر القضاء بالنكول وقد حكى الرافعي
مثله عن البغوي فيما اذا قال له القاضي احلف بالله فقال لا احلف وقد
اتفق الكل على الاحتياج الى القضاء بالنكول عند عرض اليمين عليه
فلم يحلف ولا تلفظ بانه ناكل او ممتنع قال الامام ولا يجوز له في
هذه الحالة ان يقضي بالنكول ما لم يظهر له ذلك منه حتى لو جوز ان

يكون

يكون امتناعه عن دهش او كان يقدر انه لم يفهم عرض اليمين
لجبله وعدم الفه لمراسم الخصومات فليس له ان يقضي بالنكول
ويقوم مقام حكم الحاكم اذا احتجنا اليه كما ذكرنا قول القاضي للمدعي
احلف او الحلف وقال في البحر عندي ان قول القاضي للمدعي الحلف
لا يمنع المدعى عليه من الحلف وانه الاظهر وهل يقوم اقبال القاضي
على المدعي ليقول له احلف مقام الحكم حتى لو اراد المدعى عليه ان
يحلف بعد ذلك لم يجد اليه سبيلا فيه وجهان عن القاضي الحسين
والذي قطع به جوابه في الكرة الثانية المنع من العود الى اليمين
وفي الحاوي انه لو امتنع من اليمين او قال قد نكلت عنها او لست
احلف ففيه وجهان احدهما لا ترد اليمين على المدعي الا بعد ان يقول
للمنكر قد حكمت عليك بالنكول لما فيه من الاجتهاد فان ردها عليه
قبل حكمه لم يصح والثاني يجوز ان يردها على المدعي وان لم يقل حكمت
عليك بالنكول لان ردها عليه حكم بالنكول قال الاصحاب ويستحب
للحاكم ان يكرر عرض اليمين على المدعى عليه ثلاثا قبل القضاء عليه
بالنكول قال الرافعي والبغوي واستحبابه في حالة السكوت اكثر من
استحبابه فيما اذا صرح بالنكول قال الامام فلو لم يكرر العرض
عند السكوت وقضى عليه بالنكول نفذ اذا ظهر له من العرضة الاولى
وفي الحاوي ان اصحابنا اختلفوا فيما يستقر به نكوله على وجهين
احدهما يستقر باعلامه ولو مرة واحدة والثاني وهو قول اهل
العراق انه لا يستقر حتى يعرض عليه ثلاثا اما اذا كان المدعى
عليه لا يعرف معنى النكول بان كان عاميا قال القاضي الحسين يجب
على القاضي ان يعلمه بانك ان نكلت نعرض اليمين على المدعي ويحلف
ويستحق عليك الدعوى ويقرب منه قول الماوردي انه اذا لم يعرف

حكم النكول وجب على القاضي ان يعلمه وانه يوجب رد اليمين على
المدعي ليحكم له بيمينه ولو استقدم من على القاضي قال القاضي حسين
نفذ حكمه لو كان عارفا بحكم النكول ولا يجب ذكره بل يستحب ثم حيث
قلنا يجب الاعلام فحكم عليه القاضي بالنكول ولم يعلمه قال الامام
فهذا فيه احتمال ظاهر والاوجه ان قضاه بالنكول ينفذ ونقل
الامام الغزالي هذا الاحتمال وجهين واعلم ان قول القاضي للمدعى
عليه احلف بالله ليس امرا جازما كما قال الامام ولكنه ابانه
وقت الحلف واليمين المعتد بها ان ارادها المدعى عليه **فرع** لو لم
ينكل المدعى عليه عن اليمين لكن قال بعد الانكار وعرض اليمين
عليه قد حلفني مرة على هذا الحق نظر فان ادعى ان هذا القاضي هو
الذي حلفه قال القاضي حسين فان تذكر انه حلفه لم يحلفه مرة
ثانية وان لم يتذكر لم يلتفت الى دعوى المدعى عليه الا ان اقام البينة
على ذلك عند غيره كما صرح به غيره وعن ابن القاص كما حكاه ابو سعد
الهروي انه يجوز سماع البينة على انه حلفه ورأيت في الاشراف
ان ابن القاص عزاه الى النص قال الرافعي وحقه الطرد في كل باب
قلت قد طرده كما ستراه عنه ولو لم يقم بينة وراما تحليفه جزم
في البحر بان له ذلك وان ادعى ان الذي حلفه غير هذا القاضي ففي السماع
وجهان لكن يشبه الاصطخري وهما في الوسيط وغيره ماخوذان من
الدعوى بما ليس عين الحق ولكنه ينفع في الحق هل تسمع ام لا وفيها خلاف
سنذكره والذي قطع به القاضي الحسين منهما في الجزء الثاني وبه
اجاب في التهذيب السماع هنا فعلى هذا ان حلف بانه ما حلفه فذاك
وان نكل حلف هو وتخلص عن الخصومة وله في هذه الصورة اقامة
البينة ولو قال المدعي قد حلفني على ذلك فحلفه انه ما حلفني اي ما

حلفته

حلفته لم يسمع للتسلسل وقول المدعي احق بالحلف لانه الطالب
كذا حكاه الغزالي وغيره وفي البحر نسبة ذلك الى تخريج ابن القاص على
ان الرافعي حكى عن ابن القاص انه قال بعدم سماع دعوى المدعى عليه
انه حلفه **قال** فان حلف استحق لانه فائدة الرد وحكى الاشراف وجها
اخر ان الحق لا يجب الا بحكم الحاكم واشار الى بناء الوجهين على ان يمين
الرد كاقرار الخصم او كالبينة المقامة عليه وفيها قولان مشهوران وقال
الامام انهما مستنبطان من كلام الشافعي وقال القاضي الحسين فيها على
قول يغلب جانب المدعى عليه وينزل النكول من جهته منزلة الاقرار وعلى
قول يغلب جانب المدعي وينزل ايمانه منزلة بينة يقيمها والصحيح من
القولين في المهذب في كتاب النكاح وغيره وفي الرافعي وغيرهما وهو المنصوص
في المختصر انها كالاقرار لان النكول صادر من جهة المدعى عليه واليمين
مترتبة عليه وعلى ذلك ينطبق قول ابن الصباغ في باب دعوى الدم
لان قولنا انه كالبينة قول ضعيف وليستدل على ضعفه في باب النكول
ورد اليمين بان القاذف لو ادعى على المقذوف انه زنا فنكل وحلف هو
سقط عنه الحد ولا يجب على المقذوف حد الزنا وكذا لو ادعى على شخص
سرقة نصاب فنكل وحلف هو وجب المال دون القطع ولو كان كالبينة
لوجب الحد في الصورتين فدل على انه كالاقرار ويجعل انكاره رجوعا عنه
وما قاله من عدم ايجاب الحد والقطع هو المذكور في تعليق ابي الطيب
والحاوي وغيرهما في الباب المذكور لكن في النهاية في كتاب السرقة حكاية عن
الاصحاب ان القطع يجب باليمين المردودة اذا ان جعلناها كالاقرار
فالقطع يثبت وان جعلناها كالبينة فهي حينئذ كاملة بدل لكن ان
القصاص يثبت بها ثم قال وعند الحظر للناظر في هذا اشكال لان
اليمين لا يتعلق الا بالمال والقطع لله تعالى ولو قال رجل استراه فلان

جاريتي وزنا بها فانكر المدعى عليه وافضت الخصومة الى
يمين الرد فالمهر يثبت بها ويبعد ان يثبت حد الزنا فاذا الحد
تردد الرأي في ثبوت حد السرقة لما اشرنا اليه ووجب القطع بان
حد الزنا لا يثبت وما قاله العراقيون اظهر لكن قد يعضد القول
بان النكول مع اليمين كالبينة بنص الشافعي في الام حيث قال كما
حكاه في البحر وغيره في كتاب الدعاوى لو تعلق رجل برجل فقال انت عبدي
فقال بل انا حر الاصل فالقول قوله واصل الناس على الحرية حتى يقوم
بينة او يقر برق وكلف المدعي البينة فان جاء بها كان العبد رقيقا له
وان لم يات بالبينة احلف له العبد فان حلف كان حرا وان نكل لم
يلزمه الرق حتى يحلف المدعي على رقه فيكون رقيقا له وهكذا الامة مثل
العبد سواء انتهى فلو كان النكول مع اليمين كالاقرار لم يبطل رقه لان
الاقرار بالرق بعد الحرية غير مقبول على الاصح والله اعلم وقد بنى القاضي حسين
على القولين ما اذا اراد المدعى عليه اقامة البينة على الابرا او ادا المال
بعد حلف المدعي فان جعلناها كالبينة سمعت بينة المدعى عليه وان جعلناها
كالاقرار فلا تسمع كما لو اقر صريحا ثم اقام شاهدين وهذا البنا مذكور
في الرافعي ايضا وبنى في المهذب عليهما ما اذا ادعى رجل على المفلس بعد الحجر
مالا فانكر ولم يحلف وحلف المدعي فان قلنا ان يمين الرد كالبينة
شارك الغرما في المال وان قلنا كالاقرار فعلى القولين في الاقرار وكذا
بنا عليهما ما اذا ادعى اثنان زوجية امراة وقد تقدم وللقولين فوائد
مذكورة في الابواب **فرع** اذا امتنع المدعي من اليمين فقال المدعى عليه
للقاضي لا تحلفه فانا اعطي المدعى به قال القاضي الحسين في كتاب الدعاوى
في موضعين منه ان له ان يحلف اليمين حتى ياخذ على وجه الاستحقاق لا على
وجه التبرع **قال** وان نكل صرفناهما لان الحق لا يثبت الا باقرار او بينة

الاعتراف

وليس

وليس القول واحدا منهما ولا معنى لقيامهما وقد حكى القاضي
ابو الطيب وغيره ان ابن سريج قال في هذه الصورة يسال المدعي
عن ابايه فان قال امتنعت لحساب بيني وبينه اريد ان اراجعه او
اريد ان استفتي الفقها هل يجوز ان احلف ام لا احلفه امهله ثلاثا لا
يزيد عليها وهذا بخلاف ما اذا امتنع المدعى عليه من اليمين لا يسال
عن سبب امتناعه لانه اذا امتنع من اليمين ظهرت هنا يمين اخرى من
جهة المدعي يوجب الحكم بها فلو سالناه عن سبب امتناعه عن اليمين لم
يعقب الحكم لنكوله وان هناك ما يرجع اليه ويحكم به وهو يمين المدعي
وليس كذلك تمنع المدعي عن اليمين قلت وقضية هذا الفرق ان لا يسمع
عند نكول المدعى عليه تكرار العرض عليه وقد حكي عن ابن القاص انه قال
قياس ما ذكره الشافعي في امتناع المدعي ان يسال المدعى عليه عن سبب
الامتناع ايضا وفي ادب القضا للزبيلي ان ابن سريج قال الاحتياط ايضا ان يقال
ذلك للمدعى عليه اذا نكل وقد حكى الامام في كتاب الاقرار ان المدعي لو
سكت وقال انا افكر وارجع حسابي ان بعض الاصحاب قال يفصل القاضي
الخصومة ويكون امتناعه كامتناع المدعى عليه ويقول للمدعي استئنفها لكن
بعد الخوض بالاختيار لا معنى له فاذا انتبت لا اعذار المدعى عليه في
استئنافها له فانتا واولى الا من جهة ان المدعى عليه من فرع الى مجلس القاضي
فهو اذا انتبت لحضره مختار امهلا كان قد ترك قبل الحضور وهذا متجه
حسن والذي عليه عامة الاصحاب المنع من الالحاق لما ذكرناه وفي
المهذب انه لا يسال المدعى عليه عن الامتناع لانه لو ابتدا فقال
امتنعت لانظر في الحساب امهل ثلاثة ايام وقد حكاه في التهذيب
وجها وفي الحاوي في باب الامتناع عن اليمين ان المدعى عليه لا يسال
عن سبب النكول الا ان يبتدي فيقول انا متوقف عن اليمين لانظر

امتناع

في حبسه فينتظر ما قل من الزمان ولا يبلغ استنظاره ثلاثة ايام
اما اذا كان الحق لصبي او مجنون او سفيه بان كان المدعي وليا او وصيا
او قيما فهل له ان يحلف فيه ثلاثة اوجه حكاها القاضي الحسين والبغوي
في باب الامتناع عن اليمين والامام في كتاب الصداق ثالثها ان باشر
سبب ذلك بنفسه فله الحلف والا فلا قال الرافعي وهذا ما رجحه
ابو الحسن العبادي وبه اجاب السرخسي في الامالي وهي تجري فيما اذا اقام
شاهدا واراد ان يحلف معه صرح بذلك البغوي والرافعي واذا قلنا لا يحلف
وهو الذي ذكره العراقيون وصاحب الحاوي في باب النكول ورد اليمين قال
القاضي والبغوي فيوقف اليمين حتى يبلغ الصبي والسفيه يحلف انه يستحق
عليه تسليم المال ولا ينقل الى الولي فيتم قال القاضي وفي حال وقف اليمين الى
البلوغ ينتزع المدعى به من يد المدعى عليه ان كان عينا وان كان في الذمة فوجهان
في نزعه والحكم في قيم المسجد والوقف كالحكم في قيم الصبي وسنذكره في باب
اليمين في الدعاوى لزيادة ذكر ثم قال وان قال المدعى عليه بعد النكول
اي وما في معناه كما ذكرناه انا احلف لم يسمع لانه اسقط حقه منها
بالنكول وفي المهذب حكاية وجه اخر صدر به كلامه ان له ان يحلف
بعد النكول ما لم يعرض القاضي اليمين على المدعي او يحكم بالنكول وقال
فيما اذا هرب المدعى عليه قبل ذلك وبعد النكول لم يكن للمدعي ان يحلف
اليمين المردودة وكان للمدعى عليه الحلف اذا عاد وقد حكاه الرافعي
عن غيره ثم قال وقضية ذلك التسوية بين التصريح بالنكول وبين
السكوت حتى لا يمتنع من العود الى اليمين في الحالين الا بعد الحكم بانه
ناكل او بعد عرض اليمين على المدعي ولكن وهو قضية ما حكيته عن
الماوردي من قبل وقد صرح به الامام في كتاب الاقرار قال الرافعي وقد
يفهم من قول من قال انه لا حاجة عند التصريح بالنكول الى حكم الحاكم

امتناع

امتناع العود الى الحلف عند التصريح بالنكول وان لم يوجد حكم
بالنكول ولا عرض يمين ثم حيث منعنا المدعى عليه من العود الى اليمين
فذاك اذا لم يرض المدعي بيمينه فلو رضي فوجهان اظهرهما في النهاية
والرافعي الجواز وهو ما ادعى الامام في كتاب الاقرار انه قول الاصحاب
عن اخرهم وعلى هذا فعن الرقم وهو في تعليق القاضي الحسين لو لم
يحلف المدعى عليه لم يكن للمدعي ان يعود الى يمين الرد لانه ابطل حقه
حيث رضي بيمين المدعى عليه قال وان قال المدعي بعد النكول انا احلف
لم يسمع لما بيناه الا ان يعود في مجلس اخر ويدعي وينكل المدعى عليه
لتجدد الحق بتجدد الدعوى فان النكول الثاني سبب لرد اليمين لا النكول
الاول وهذا ما حكاه السنجي عن ابن الصباغ وقال الماوردي في باب الامتناع
عن اليمين لكنهم لم يشترطوا العود في مجلس اخر وصاحب البحر والقاضي
ابو سعد الهروي قالا اما ذكره الشيخ هنا وفي المهذب وحكاه الرافعي عن
المحاملي وفي الحاوي في باب ما على القاضي في الخصوم ان اظهر الوجهين
انه لا يحكم على المدعي بالنكول الثاني لا يحكم عليه وهو قول الاصطخري
والذي حكاه المراوزة انه اذا نكل عن اليمين كان يحلف المدعى عليه اي فلا
يتمكن من الدعوى عليه بذلك مرة اخرى كما صرح به البغوي والامام وهو
الذي يقتضيه كلام القاضي ابي الطيب حيث قال في تعليقه فاذا امتنع
المدعي من اليمين سقط حقه ويفرق الحاكم بينهما ولا يكون له مطالبته بشي
من ذلك وفي النهاية في كتاب القسامة بعد بسته اوراق منه خلاف في ان
المدعي اذا اظهر النكول عن يمين الرد ثم رغب فيها هل يحلفه ام لا وقال
ان الضابط الذي تمس الحاجة اليه ان كل نكول يتعلق به حق حالف
بعد النكول فذاك النكول اذا ظهر فلا عود من الناكل وكل يمين لا
يمين بعدها فالنكول عنها هل يبطل حق الناكل فيه خلاف ونحوله

تحقق بان يقول بعد عرض اليمين عليه لا احلف وانا ناكل اما اذا
سكت عن الحلف كان للقاضي ان يقضي عليه بالنكول اذا لم يستمهل ونحوه
حكمه ما تقدم قلت واستحباب تكرار العرض هنا يظهر بالاولى على
استحبابه في جانب المدعا عليه وعن بعض المراوزة انه لا يصير ناكلا عن
يمين الرد ما لم يصرح بالنكول والمشهور الاول وعلى هذا فلو استمهل
بان قال لما عرضت عليه اليمين امهلوني ريثما اطالع حسابي او استفتي
او اتروى في امري امهل نص عليه بخلاف ما لو عرضت اليمين على المدعى
عليه فانه لا يمهل اذا استمهل على المذهب كما تقدم والفرق ان المدعا عليه
مطالب محمول على الاقرار واليمين واما المدعي فليس محمولا من جهة احد بل
هو صاحب الحق ان اراد اجله وان اراد قدمه ثم قال المراوزة ولا يزيد على ثلاثة ايام
وهو ظاهر النص الذي حكيناه من قبل وعن بعضهم انه لا ينضبط الامهال له بمدة وسبيله
في يمين الرد كسبيله في بينته يقيمها متى وجدها وهذا ما اقتضاه كلام البندنيجي
وابن الصباغ حيث قالا اذا استمهل لم يسقط حقه من اليمين ومتى اختار
اليمين حلف ولفظ البندنيجي فاي وقت اختارها حلف وهو الذي اورده البغوي
والمصنف وصاحب الاشراف وقال الامام هذا ينطبق على قولنا يمين الرد تنزل
منزلة البينة وفي البحر في باب ما على القاضي في الخصوم في اواخره اما اذا عرضنا
اليمين على المدعي واستمهل لينظر في الحساب فعاد في مجلس اخر فقال المدعا عليه
انا احلف الان ففيه وجهان احدهما له ذلك لان المجلس الثاني لا ينبني على
الاول في الاقوال وغيرها والثاني ليس له ذلك وعلى هذا يجب ان لا يلزم
استئناف الدعوى والرد في المجلس الثاني وهذا ما اورده البغوي
فقال وهكذا لو بينت عند قاض اخر نكول خصمه له ان يحلف المدعي وكذا
اذا كان المدعي وكيلا وقد نكل الخصم فحضر الموكل له ان يحلف ولا يحتاج
الى استئناف الدعوى ثم اذا امتنع المدعي من اليمين عند النكول

ونحوه او

ونحوه او مجاوزة مدة الامهال فذاك اذا اراد يمين الرد اما
اذا اراد ان يحلف يمينا مع شاهد اقامه فهل له ذلك فيه قولان
حكاهما الماوردي وغيره اصحهما في التهذيب الجواز لما سنذكره وهو
ما حكاه في المختصر كما قال الماوردي وعند الغزالي الاصح المنع وهو
ما حكاه في الجامع الكبير المزني كما قال الماوردي وادعى البندنيجي انه
الذي قاله الشافعي هنا لان اليمين في جنبته قد بطلت وان الشيخ
ابا حامد قال هي على قولين لان الشافعي قال اذا قيل له ولي وهنا لوث
معه فان لم يحلف حلف المدعا عليه فلو نكل فهل ترد على المدعي ام لا على
قولين احدهما ترد لانها غير التي نكل عنها والثاني لا ترد لان اليمين كانت
في جنبته ولا فصل بين الصورتين ولاجل ما حكاه الشيخ ابو حامد من القولين
في هذه الصورة حكى الامام القولين ايضا فيما اذا اقام المدعي شاهدا
ونكل عن الحلف معه وطلب يمين المدعا عليه فانه يحلف فلو نكل عن اليمين
فهل ترد على المدعي ام لا وقد حكاهما المحاملي في باب الخيار في القصاص
والماوردي في باب الامتناع عن اليمين فان قلنا لا يحلف قال ابو حامد وكذا
القاضي ابو الطيب وابن الصباغ والقاضي حسين في باب اليمين مع الشاهد
يحبس المنكر بالشاهد حتى يحلف او يعترف لانه قد تعين عليه ذلك فلا
يكون له اسقاطها ويخالف هذا اذا امتنع المدعي من يمين الرد وطلب
حبس المدعا عليه حتى يحلف لم يكن له لان الامتناع من جهته قال صاحب الحاوي
في باب ما على القاضي في الخصوم وهذا خطأ لان الحبس على الحقوق يكون
بعد ثبوت استحقاقها ولم يثبت الحق بالشاهد وهذا ابداه ابن الصباغ
احتمالا من وجه اخر وهو انا اذا جعلنا امتناعه عن يمينه مع شاهده
كالممتنع عن اليمين المردودة ينبغي ان لا يحبس المدعا عليه ويطالب
باليمين وحكى القاضي الحسين عن القفال ان له الحلف فيما نحن فيه قولا

واحد الا ان هذه اليمين بخلاف تلك اليمين فان هنا يحتاج الى ان
يقول بالله ان شاهدي لصادق فيما يقول وهنا لا يحتاج الى ذلك
وهذا ما صححه في البحر والحاوي ويشهد لكون هذه اليمين غير الاولى
ان تلك تجري في كل حق وهذه تجري في كل حق يسمع فيه الدعوى وقد
تكلم الامام في باب الامتناع من اليمين في تصوير النكول عن اليمين مع
الشاهد فقال اذا اقام الشاهد قال له القاضي احلف معه لتثبت
حقك وان لم تحلف وليحلف المدعى عليه منعتك من اعادته الى المجلس
الحكم قال وللمدعى عليه بعد اقامة المدعي الشاهد ان يقول حلفني
او احلف وخلصني فرع لو قال المدعي بعد انكار المدعى عليه وحلفه مالك
عندي شي ثم بطلت دعواه ان كان عالما بالحرمة وان كان جاهلا بها فوجهان
قاله الماوردي كما ذكرناه في الاقرار قال وان نكل المدعي بعد العجز عن اقامة البينة
لي بينة سمعت بينته اي وان حلف المدعى عليه او نكل هو والمدعي عن اليمين
لقوله صلى الله عليه وسلم البينة العادلة خير من اليمين الفاجرة ولان البينة حجة
كالاقرار ولو اقر بعد حلفه او نكول المدعي حكم عليه فكذلك يكون حكم البينة
ولو كان المدعي قد قال لا بينة لي قال القاضي ابو الطيب فظاهر مذهب
الشافعي السماع واختلف اصحابنا فيه فمنهم من قال به وهو الاصح وبه
جزم القاضي الحسين والبغوي وقال الماوردي في باب الامتناع عن اليمين
انه قول جمهور اصحاب الشافعي قالوا فقال لا بينة لي حاضرة ولانه ربما لم
يعلم ان له بينة وايضا فقوله لا بينة لي يحتمل انه اراد حاضرة ومنهم من
قال ان كان قد تولى بنفسه هذه الشهادة لانه تولى العقد بنفسه ثم
اشهدها واقامها بعد ذلك لم تسمع وان لم يكن تولاها وتولاها وكيله ولم
يعلم بها او كان وارثا لم يعلم بالشهادة ثم اقامها سمعت وقد حكى
الرافعي ان البغوي حكى الوجهين ايضا وهما جاريان كما حكاها المراوزة

للمدعي

هو خ

فيما اذا

فيما اذا قال لا بينة لي حاضرة ولا غائبة وادعى الغزالي والرافعي
ان الاظهر فيهما السماع ايضا وبه جزم في الاشراف ونسبه
الماوردي في باب من ادعى على القاضي في الخصومة الى الاصطخري وقال
ان الاكثرين على مقابله وتبعه في البحر وقال انه قيل انه قاله الا صطخري
ظاهر المذهب وبهذا يحصل في المسألة ثلاثة اوجه كما حكاها في المهذب
وطردها فيما اذا قال كل بينة تشهد لي فهي كاذبة وصحح القبول مطلقا وهو
ما اختاره في المرشد وفي الحاوي في باب الامتناع من اليمين حكاية وجه اخر
في اصل المسألة انها لا تسمع مطلقا وقال انه لا وجه للفرق الذي ذكره صاحب
الوجه الثاني لانه ان لم يجعل فعله كقوله فقد جعل بلسانه ولا خلاف في انه لو قال
بعد شهادة الشهود بينتي كذبة او شهدوا بالزور فلا تقبل بينته وهل
تبطل دعواه فيه وجهان اصحهما الاخر لو قال بينتي فسقة او عبيد ثم اتى
ببينة بعد ذلك في مدة يحصل في مثلها الاستبراء او العتق قبلت قاله
البغوي وصححه وفي الاشراف انه لو قال كل بينة لي بعد اليمين او قبلها فهي
بينة زور او كاذبة فاقامها قبلت على النص انه يجوز ان لا يعرفها اصلا
وقال بعض اصحابنا لا تقبل لانه سبق منه تكذيبها قال ونظيرها ما لو قال
المشتري للبائع بع داري مني بكذا فانها ملكك فاشتراها ثم قامت بينة على
الاستحقاق لم يرجع على البائع بالثمن على راي ابن سريج وفيه وجه انه يرجع كما
لو اشترى شراء مطلقا ونظيرها ايضا ما اذا قال ما اودعني واقام بينة
انها هلكت قبل الجحود وقد حكيناها في باب المرابحة قال وان حضرت البينة
لم يطالبه باقامتها اي وله طلب يمين الخصم لان له في ذلك غرضين احدهما
انه ربما ينزجر عن الحلف فيقر بالحق فيستغني عن اقامة البينة والثاني انه
اذا حلف واقام عليه البينة يتبين كذبه وفي الحاوي وجه اخر انه ليس له
احلافه لان مقصود المدعي اثبات الحق دون اسقاطه وعلى اثباته بالبينة
وقد نسبه الرافعي في باب الدعاوى الى فتاوى القفال قال وان شهدوا اي

هذه خ

بطلب المدعي فان كانوا فسقة عند القاضي اما العلم بذلك او لقيام
البينة به فقال للمدعي زدني في الشهود تحسينا للرد عليه ظاهر كلام
الشيخ يدل على انه يصغي لسماع شهادتهم وان علم فسقهم قبل الاداء
وقد يوجه بانه لو منعهم من اقامة الشهادة لكان ذلك هتكا للستر
واذا تحملنا في الرد لحل ذلك فعلنا لا نتحمل في الاصغاء لاجله وقد جزم
القاضي الحسين بانه لا يصغي لهم اذا تحقق فسقهم لانه اذا اشتغل
بما لا يعنيه شغله عما يعنيه وقال الامام في باب علم الحاكم بحال
من قضى بشهادته بعد حكمه ذلك وقد علم من قبل ترددا في ذلك
والقياس انه لا يصغي الى من يعلم انه مردود فقال الوجه ان يقدم التذير الى من
يريد الاقدام على الشهادة مردودا ولا حتى لا يتعرضوا لها ان فعلوا افتضحوا
الذين هتكوا استتارا فعنهم في المسئلة مصورة بما اذا كان الفاسق
متكاتما والقاضي لا يرى قبول شهادته اما المتجاهر المعلن بالفسق فلا
يصغي الى شهادته كالعبد الا ان يصح مذهب في قبول شهادة المعلن
ويرى القاضي ان يصغي ليقبل ولا معترض عليه في مجتهد فيه كذا قاله
الامام وقال قبل باب الشهادة على الشهادة ان الشيخ ابا محمد قطع
بانه لا يصغي لشهادة المعلن بالفسق وان بعض اصحابنا ذهب الى
انه يصغي اليها ثم يردها قال وهذا بعيد عن قياسنا وهذا هو التردد
الذي اشار اليه واصل هذا انه لا يصغي الى شهادة الكافر والصبي والعبد
اذا عرف حالهم جزما كما ذكره القاضي حسين وغيره ويرشد اليه قول
ابن ... في المختصر واذا شهد صبي او عبد او نصراني فلا يسمعها
واستماعه لها تكلف قال وان كانوا عدولا وارتاب بهم اي في الواقعة
لكونهم غير وافري العقول كما قاله ابو الطيب والبندنيجي وغيرهما او
لنظرة في الواقعة وخيال قد لا يدركه الفطن كما قاله الامام استحب ان

يفرقهم

يفرقهم فيستبينا لهم اي على الانفراد كيف تحملوا اي فيقول من تحمل
منكم اولا وثانيا وثالثا ومتى تحملوا اي فيقول في اي شهر تحملتم وفي اي
يوم وفي اي ساعة وفي اي موضع تحملوا اي فيقول في اي بلد تحملتم
وفي اي دار وفي اي مكان منها لان مع قصور العقل وخيال النفس
لا تطيب النفس بقولهم فاستحب الاحتياط بالتفريق على هذا
النحو ليقوى بظهور الحق عند التوافق قال الماوردي وابن الصباغ
وقد قيل ان اول من فعل هذا دانيال النبي صلى الله عليه وسلم وقال
القاضي ابو الطيب ان الاصل فيه ان صاحب داود راود امراة عن
نفسها فابت عليه فواطى اربعة من الشهود ان يشهدوا عليها
بان كلبا اتاها فشهدوا واعتمد داود فامر باقامة الحد عليها فبلغ ذلك
سليمان عليهما الصلاة والسلام قال الماوردي والروياني وكان اذ ذاك
يلعب مع الصبيان فقال لو كنت انا لفرقتهم وقال لاربعة من الصبيان
اشهدوا واعتدي على امراة بان كلبا اتاها فشهدوا واعتمد بذلك ففرقهم
فسال كل واحد عن لون الكلب فاختلفوا فاسقط الشهادة فبلغ
ذلك داود فاستدعى الشهود ففرقهم فاختلفوا فاسقط شهادتهم
وقد اقتفى علي (كرم الله وجهه) هذا الاثر لما بلغه ان سبعة خرجوا ففقد واحد
منهم واتهمته زوجته فاستدعى الستة فسالهم عنه فانكروا ففرقهم
واقام كل واحد منهم عند سارية ووكل به من يحفظه واستدعى واحدا منهم
وساله فانكر فقال الله اكبر فظن الباقون انه قد اعترف فاستدعاهم
فاعترفوا بقتله فقال للاول قد شهدوا عليك وانا قاتلك فاعترف فقتلهم
قال الاصحاب ولا يدع من ساله منهم ان يرجع الى اصحابه قبل ان
يسالهم احتمالا ان يعيد عليهم ما قاله فيتوافقوا فيه فان
اتفقوا وعظهم وخوفهم بالله تعالى اي في قبول شهادة الزور من اجر

الكبائر وقد توعد الله عليها روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الطير
لتخفق باجنحتها وما في حواصلها من هول ذلك اليوم وان شاهد الزور
لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار وروي حتى يوجب النار ويقول
لهم بعد ذلك فان صدقتم فاثبتوا وان كذبتم فطأطئوا رؤوسكم وانصرفوا في
قال وان يثبتوا استحبابا يقول للمدعى عليه شهد عليك فلان وفلان وقد
قبلت شهادتهما وقد مكنتك من جرحهما اي وان كان لا يعلم ان له الجرح
لان في ذلك تنبيها له على حفظ حقه واسقاطا للتهمة عنه اما اذا علم ان
له ذلك قال في المهذب فالمذهب [illegible] في باب ادب القاضي وله ان يقول ذلك
وله ان يسكت قلت ويظهر ان يجري فيه ما حكيناه في قول القاضي للمدعي بعد
انكار الخصم الك بينة **قال** فان قال لي بينة بالجرح امهل لان عمر كتب الى
ابي موسى اجعل لمن ادعى حقا غائبا امدا ينتهي اليه وثلاثة ايام اي فما
دونها على حسب ما يراه لانها مدة قريبة [illegible] وللمدعي ملازمته الى ان
يثبت الجرح لثبوت حقه في الظاهر فان لم يات بالجرح اي في المدة
المضروبة له كان للمدعي مطالبته بالحق لتعين حقه وعدم المانع منه
قال ابن يونس ويجب على القاضي الحكم وان عينت البينة [illegible] الوجه
ودعوا الى بيان مكان التحمل وزمانه فقالوا لا ندكر الزمان والمكان
ولعلنا نتحقق ما شهدنا به فليس للقاضي والحالة هذه ان يجبرهم
على التعرض لذلك لانه لو تعنت ربما القاضي وازداد ارتيابا من
اصرار الشهود على ما يراجعون فيه قال الامام وللقاضي ان يبحث من
جهات اخر فعساه ان يطلع على مطعن فان لم يكن تحتم عليه امضاء القضاء
مع انطوائه على الريبة لقيام البينة العادلة وفي تحليف القاضي حين
في باب الشهادة على الشهادة ان الاولى ان يبين المدعي والشهود
السبب في الدعوى والشهادة فان ارتاب القاضي بحال الشهود

طلب منهم

طلب منهم ان يبينوا السبب فان امتنعوا عنه توقف له ريبة
بعد رد شهادتهم وان لم يقع له ريبة بامتناعهم عن ذكر السبب
لم يجز له ان يرد شهادتهم اما اذا كان الشهود ذوي العقل وفقهاء
ظاهرهم حسنا فلا يفرقهم لان في ذلك تهمة لهم وطعنا فيهم وعليه
يدل ما سنذكره من النص قال القاضي ابو الطيب حكي ان رجلا شهد عند
ابي عمر القاضي ببيع بستان فقال له كم نخلة في البستان فقال لا اشك
ان القاضي اعلم بداره مني بالبستان فقال له نعم فقال له كم جذع في
دارك فسكت عنه وقبل شهادته لما ظهر له من وفور عقله وسداد
تحصيله وروي ان رجلا شهد عند علي عليه السلام فقال له اين شهدت
فقال في فضاء وسعي بين المشهود له والمشهود عليه فقبل
شهادته وروي ان ام ابي عمرو بن العلا شهدت عند القاضي سوار مع
امراة اخرى فجعلت ام ابي عمرو تلقنها وتذكرها فزجرها سوار فقالت الم
تسمع قول الله تعالى ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى فخلى سوار
ولو سالهم قبل ان يحيوه [illegible] واعلى اداء الشهادة قال الامام
تنبيه ظاهر كلام الشيخ يقتضي امورا احدها استحباب التفريق حاذكر
لمن هو بان العدالة وهو ما ذكره في المهذب نصا والاصحاب من العراقيين
لما حكوا قول الشافعي واحب اذا لم يكن لهم [illegible] عقول ان يفرقهم ليسال
كل واحد منهم على حدته عن شهادته واليوم الذي يشهد فيه والموضع
ومن فيه ليستدل بذلك على عورة ان كانت في شهادتهم فان جمعوا الحال
الحسنة والعقل الوافر لم يفعل ذلك بهم انتهى قالوا هذا التفريق في حالة
الجهل بعدالتهم قبل ان يبحث عنها لانهم اذا اختلفوا رد شهادتهم
واستغنى عن البحث وان يثبتوا بعد التفريق وكان [illegible] والحقوا
القول بانهم اذا كانوا عدولا امضى شهادتهم لكن ما ذكره الشيخ من التفريق

ليس بجيد اعن القياس وعليه ينطبق ايراد الامام هنا وذكر في
كتاب الاقرار حيث قال وليس ما ذكرناه من جواز الاستفصال من
القاضي مردودا الى خيرته ولكنه ينظر الى حال الشاهد فان راه على
غير الثقة خبيرا بشرايط الشهادة فطنا مستقلا فله ترك الاستفصال
حتما وان تمادى في امر فلا بد من الاستفصال وقد يقع حالة بين
المباحثة فيها حتما والاحتياط يقتضيها ومن هذا القبيل ما قال في
كتاب الشهادات سماع شهادة العوام وان كانوا عدولا يتعين الاستفصال
فيها وليس الاستفصال مقصودا في نفسه وانما الغرض منه تبين تمام في
الشهادة وكذا قول صاحب البحر والحاوي اذا استقرت العدالة بالبحث
فان تجدد تعين ليس له اعادة البحث والكشف والا لا يحتاج وقال القاضي
الحسين ان طال المجلس اذا عرف القاضي عدالة الشهود ثم طال المدة واحتمل
التغير وعلى هذا يمكن حمل كلام الشيخ على ان للمنازع ان ينازع في امكان حمل
كلام الشيخ على ذلك لان الشافعي يجوز ان يترك التعرض ويحكم بشهادتهم لانه لما
قال ان امرا لم يتعرض منه فانه لو تركه جاز وقال الامام في الاقرار
ما ذكرناه وقال هنا ان هذا الشهود متحتم ولو ابتدر القضاء الامضا لم ينقض
قضاؤه فان حقه ان لا يقضي الا بعد بذل المجهود في التبيين وطلب غلبة
الظن وعليه ينطبق ما حكاه الجيلي من ان اصحابنا من قال يجب على القاضي البحث
في احوالهم ليحصل به غلبة الظن سواء طلب الخصم منه ذلك او لم يطلبه
وسواء كان ذلك في الحدود والقصاص او الاموال الثالث جواز اقامة
الشهادة في حالة غيبة المدعى عليه مع امكان حضوره لانه قال
استحب ان يقول للمدعى عليه قد شهد عليك فلان وفلان ولو كان المشهود
عليه حاضرا لم يكن لقوله ذلك معنى وقد اشار الى ذلك الشافعي بقوله
في المختصر فان قبل الشهادة من غير محضر خصم فلا باس وقال في

البحر ان الشافعي

ان الشافعي ذكر في الاقرار لا يقبل القاضي شهادة الشاهد الا بمحضر
من الخصم المشهود عليه فان قبلها بغير محضره فلا باس ولا يحلف
لصاحبنا فيه نعم اختلفوا في انه اذا سمعها هل يحكم عليه بها قبل حضوره
ام لا وسنذكره وفي تعليق القاضي ابي الطيب ان الشهادة هل يسمع في
حال غيبة المشهود عليه ام يحتاج ان يحضره ولا يسمعها الا بحضرته
فيه وجهان بناهما من الكتاب احدهما يسمعها لانه غائب عن مجلس
الحكم فهو كما لو كان غائبا عن البلد وهذا ما نقله الوسيط قال في الاشراف
وهو في كتاب العمون فانه قال واجب ان يحضره فان لم يحضره وسمع البينة
جاز سماعها والاحتياط ان يحضره والثاني لا يسمعها لانه لا مشقة في احضاره
ولا معنى لسماع البينة في غيبته قال في الذخائر وهذا هو المذهب ويبنى ذلك
عن غيره من بعد قلت وعلى هذا يمكن حمل النص على حالة الغيبة عن البلد
وكلام الشيخ على ما اذا كان من يشهد عليه يعرف ان له جرح البينة
وقد حكى الوجهين الروياني ايضا عن القفال ثم قال والصحيح ما ذكرناه وهو
انه لا خلاف في جواز سماع البينة **فرع** اذا استفصل القاضي هل على يتعين
على الشاهد التفصيل فيه وجهان في النهاية في كتاب الاقرار قال والاطلاق
انه لا يجب على الشاهد تفصيل الزمان والمكان وان استفصل القاضي
والفرق ان الجهل بالشرائط يقدح والجهل بالزمان والمكان لا يقدح
قال وان كان الشهود مجاهيل اي للقاضي فان جهل اسلامهم رجع فيه
الى قولهم لان الى [illegible] الاسلام بعد الاقرار هذا قاله في
المهذب وحكى صاحب الحاوي في كتاب الشهادات وجها انه لا يقنع بقوله
اني مسلم حتى يخبر بالاتيان بالشهادتين وهذا قد يشهد له ما روي ان اعرابيا
شهد عند رسول الله صلى الله عليه وسلم على رؤية هلال رمضان فقال اتشهد
ان لا اله الا الله فقال نعم فقال اتشهد اني رسول الله قال نعم فصام

وامر الناس بالصيام قال الاصحاب ولا يعمل في الاسلام بظاهر الدار
من غير سوال بلا خلاف للقفيد لان هذا يتعلق به ايجاب حق على غيره فاحتيط
فيه وفي الحاوي في الشهادات حكاية وجه اخر انه اذا شوهد في دار
الاسلام على قديم العهد وحليته حكم باسلامه في الظاهر والباطن ولا
يسال قال وان جهل حريتهم اي فادعوها لم يقبل الا ببينة لان العبد لا يعلل
الحرية فلا يقبل قوله فيها وقيل يرجع فيها اليهم ايضا كالاسلام قال في
المهذب وهو ظاهر النص اي المنقول في كتاب الشهادات فانه قال فيه ولا
يقبل الشاهد حتى يثبت عنده بخبر منه او بينة انه حر ووجهه ان الظاهر
من الدار الحرية لاهلها كما ان الظاهر من الدار اسلام اهلها والاول اظهر في
المهذب والحاوي وغيرهما قال في الحاوي واختلف اصحابنا في مراد الشافعي
بقوله ولا يقبل الشاهد الى اخره على وجهين احدهما لا يسمع الشهادة حتى
يعلم حرية الشاهد واسلامه فيسمعها ثم يسال عن العدالة لظهور الحرية
والاسلام وخفا العدالة والثاني لا يحكم بها حتى يعلم حريته واسلامه ويجوز
ان يسمع قبل العلم بحريته واسلامه قال وان جهل عدالتهم اي وكانوا او فرع
الحصول سال اي على وجه الوجوب كما قاله الماوردي والامام عن اسم كل
واحد منهم اي منه دوعن كنيته وعن صنعته وسوقه ومصلاه حتى لا يشتبه
بغيره على من يذكر له قال الاصحاب ويرفع في نسبه ان لم تكف ذكر الاسم
والكنية في تعريفه ويستقصي حلاه كما قال الشافعي قال واسم المشهود له اي
وحليته وصنعته ونحو ذلك كما تقدم كما صرح به القاضي الحسين ووجهه
الاحتراز عن ان يكون ممن لا تقبل شهادة الشاهد له لقرابة او غيرها د
والمشهود عليه اي بالصفات السابقة تحرزا من ان يكون للشهود اعدا
وقدر الدين لان من الشهود من يقبل قوله في القليل دون الكثير وهذا
نصه في المختصر وحكاه الامام عن بعض الاصحاب وبه جزم في الابانة وقال

الامام

قلت

الامام انه غير سديد وان الذي ذهب اليه معظم الايمة ان ذكر
المال احتياط وليس باشتراط فان التعديل عدلنا في اليسير والكثير على
نسق واحد وقد حكى صاحب المرشد هذا عن شيخه اي علي وصححه ذ وكتب
ذلك في رقاع ودفعها الى اصحاب المسايل اي في السر لكل شخص رقعة
ليسالوا عن ذلك قال الماوردي في كيفية سوالهم ان يبدوا بالسوال عن
احوال الشهود فان وجدوهم مجروحين لم يسالوا عن غيرهم وان عدلوا
سالوا عمن شهدوا له فان ذكروا ان بينه وبينهم ما يمنع من شهادتهم له لم
يسالوا عما عداه وان ذكروا جواز شهادتهم له سالوا عن المشهود عليه فان
ذكروا ما يمنع من شهادتهم عليه لم يسالوا عما عداه وان ذكروا جواز شهادتهم
عليه ذكروا حينئذ القدر الذي شهدوا فيه قال وعلى اصحاب المسايل ان يشهدوا
بما عرفوه من هذه الاحوال الاربعة ان اجتمعت او افترقت فان تحمل واحد منهم
حكما في غير هذه القضية وان لزم اعتبارها جميعها في هذه القضية وهذا
من الماوردي صريح في ايجاب البحث على هذه الصفة وعليه ينطبق قول الفوراني
يشترط ان يذكر المال والمشهود له والمشهود عليه اذا استزكي الشهود
لان ذلك يختلف وكذلك قول الامام لكنه قال بعد قوله اما المدعي فلا بد
من اعلامه واما المدعى عليه فقد يدرك المزكي بينه وبين الشهود عداوة
او لدد في خصومة توجب ملك رد الشهادة فان لم يقع التعرض لما
ذكرناه فالتعديل في الشهود يستقل ولكن يتوقى على القاضي بنظره فيما وراء
التعديل قال ولا يعلم بعضهم بعضا حتى لا يتواطوا قال واقلهم
اثنان وقيل يجوز واحد. هذا الخلاف ينبني على ان الجرح والتعديل يقع
بقول اصحاب المسايل او بقول المسولين من الجيران والاصدقاء وفيه
خلاف بين الاصحاب فالذي ذهب اليه الاصطخري والاكثرون كما
قاله الماوردي والبندنيجي وصححه القاضي ابو الطيب وغيره الاول وهو
ظاهر النص في المختصر فانه قال ولا يقبل المسلة عنه ولا تعديله ولا

ع

جرحه الا من اثنين فعلى هذا يكون اقلهم اثنان لان الجرح والتعديل
لا يثبت بدونهما وقال ابو اسحق المروزي بالثاني لان اصحاب المسايل
يخبرون عن غيرهم فهم شهود فرع وشاهد الفرع لا يقبل شهادته مع
حضور الاصل وارتفاع العذر فيكون اصحاب المسايل مخبرين للقاضي بمن
يزكي او يجرح فعلى هذا يكتفى بالواحد كما في ساير الاخبار ويعتبر في
المسوليين العدد لان الجرح والتعديل يقع بقولهم وشهادتهم عند
القاضي وعليه حمل النص ومن قال بالاول قال الاعذر بالشهادة فانه لا
يجب على المعدل او الجارح ان يحضر عند الحاكم لتزكية من سال عنه او جرحه
وليس على الحاكم ايضا ان يحضر اليه ليساله فصار ذلك عذرا كالمرض والغيبة
كذا حكاه ابن الصباغ والقاضي ابو الطيب عنهم وقالوا ما ذكره من حمل
النص على المزكين فغير صحيح لانه قال ويخفي من كل واحد ما دفعه الى الاخر
وهذا انما يكون في اصحاب المسايل دون المزكين قال الاصحاب ويتفرع على
الخلاف ايضا مسالتان احداهما انه هل يشترط ان يكون اخبار اصحاب
المسايل للقاضي بلفظ الشهادة ام لا فعلى راي الاصطخري يشترط وان كان
لا يشترط لفظ الشهادة من المسوليين عند اصحاب المسايل وقال الامام ان
صاحب التقريب ذكر على قياس مذهب الاصطخري وجهين في اشتراط لفظ
الشهادة من اصحاب المسايل وعلى قول ابي اسحق لا يشترط الاتيان بلفظ
الشهادة من اصحاب المسايل ويشترط من المسوليين عند القاضي الثانية
على راي الاصطخري لا بد ان يشهد اثنان من اصحاب المسايل على كل واحد من
المخبرين بالتعديل او الجرح من الجيران وغيرهم لانها شهادة فرع كذا
حكاه مجلي عن الغزالي وهو قياس ما حكيناه من التعليل عنه وعلى هذا يكون
قول الشيخ واقلهم اثنان محمولا على ما اذا شهدا على كل واحد من
المسوليين من الجيران اذا قلنا بهذا وكلام الماوردي يقتضي خلافه لانه

قال لو شهد

فانه قال لو شهد شاهدان من اصحاب المسايل او من الجيران على
حسب اختلاف الوجهين بتعديل احد شاهدي الاصل جاز ان يشهدا
بتعديل الشاهد الاخر قولا واحدا وان كان في الشهادة على الشهادة
قولان والفرق ان في الشهادة على الشهادة هما فرع الاصل وفي التزكية
هما شاهدان على الاصل وعلى هذا ينطبق قول البندنيجي وغيره اذا رجع
اصحاب مسايله فان عدلاه حكم وان جرحاه وقف ولم يفصلوا وجزم
في المهذب على قول الاصطخري بانه يكفي ان يخبر الشاهدين من اصحاب
المسايل واحد اذا وقع في نفوسهما صدقه وهو ما حكاه في الحاوي
لانه قال ولا يشترط على هذا في المسوليين العدد بل المعتبر ان يقع في
نفوس اصحاب المسايل صدق المخبر فيما ذكره من تعديل وجرح فربما وقع
في نفسه صدق الواحد فجاز ان يقتصر عليه وربما ارتاب بالاثنين
فيلزمه ان يستزيد فالمعول ... اذ هو يثبت التعديل
والجرح بقول واحد وعلى هذا ينطبق قول القاضي ابي الطيب انه لا
خلاف في اشتراط العدد في التزكية وعلى راي ابي اسحق لا يشترط العدد
في الاخبار وقال القاضي ابو الطيب ومحل الكلام بين الاصطخري وابي اسحق
في اصل المسلة اذا كان الحاكم قد بعث اصحاب المسايل الى قوم معينين
يسالونهم عنهم فلو فوض اليهم السوال عنهم من غير ان يعين المسوليين
فلا بد من اثنين من اصحاب المسايل يشهدان عند الحاكم بما يثبت عندهما من
الجرح والتعديل بقول اثنين من المسوليين ويكون شهادة ابعض ... وتبعه
ابن الصباغ في ذلك وقال القاضي ان هذا عام الاحكام وفيه من اصحابنا
ذكر محله اذا لم يكن الحاكم قد نصب واحدا منهم حاكما في الجرح والتعديل
اما اذا كان قد نصبه لذلك جاز وعليه ان يراجع من راه اهلا للمراجعة
في التزكية والجرح ويصغي الى الشهادة في هذا المقتضي ويحكم بعد بذلك

اسحق

الوسع في الاحتياط ولا يجوز ان يحكم في التزكية باجتهاده لان الحكم في ذلك
يرجع الى دين شاهده من كثيرين الى واحد وذلك غير محتمل فيما اشترطنا فيه
العدد هذا ابداه الامام في كتاب القسمة وسنذكره لغرض لنا واذا ثبتت
عنده الجرح والتعديل قبل قوله فيه وحده فانه حاكم وقول الحاكم مسموع
في استمرار ولايته كما قاله الامام قال فان عادوا بالتعديل امر من
عدلهم في السر اي من اصحاب المسايل او المسولين على اختلاف الوجهين ان
يعدلهم في العلانية فاعدلهم سرا لان ذلك ابعد عن التهمة وفيه ترغيب
للناس في حسن الذكر وجميل الثناء واحتياط للشهادة فانه ربما كان
على بعض الناس من جرحه ما خفي على غيره وان الاشتباه والانساب
والحلا قد تشتبه وقد اشار الى هذه العلة الشافعي بقوله فاذا عدل
سال المعدل علانية ليعلم ان العدل سرا هو هذا لان لا يوافق اسم اسما
ونسب نسبا وذكر القفال في ذلك معنى اخر فقال ربما سمي الشاهد باسم
عدل فيقول المسول عنه هو عدل قال وقد شهد عند قاضي مرو رجل
وتسمى باسم عدل فسال القاضي الشيخ الحضري عنه لانه كان مزكيا فقال
هو عدل وكان الشاهد قد زور اسمه فالتعديل علانية يدفع هذا المحذور ولكن
هل ذلك على الوجوب او الاستحباب اطلق القاضي ابو الطيب وتبعه ابن الصباغ
القول بانه على وجه الاستحباب والاحتياط فان تركه فلا باس لان العدالة
حصلت بالتزكية وعلى ذلك جرى في الوسيط وقال في الحاوي هذا اذا كان
المعدل مشهورا في الناس لا يتميز عن غيره في الاسم والنسب وقال فيما اذا
كان غير مشهور وجاز ان يشتبه الاسم والنسب بانه على وجه الوجوب لما
ذكرناه ثم حكى ان ابن ابي هريرة حمله على الاستحباب باحد الاعتبارات الظاهر
وقال ان الاول اصح وقد جمع في البحر بين الحالتين وحكى فيهما ثلاثة اوجه
ثالثها ان كان مشهورا في الناس بما يتميز به عن غيره لا احتاج الى

الاعادة

الاعادة وجوبا ولكنه يستحب ويجب في المجهول غير المشهور
وقال انه اصح وكلام الامام مصرح بانه اذا لم يعلن بحصول الغرض
في الغيبة فلا بد من الاعلان ثم اعلم ان ظاهر كلام الشيخ والشافعي
يقتضي اعادة التزكية وقد صرح ابو الطيب والماوردي والبندنيجي وغيرهم
بان المراد من التعديل علانية ان يجمع بين المزكي والمعدلين ويقول المزكي
هاولاء هم الذين سالت عنهم وزكيتهم ويقول نعم او نحوه وقال القاضي حسين
يشترط في التزكية سوال الحاكم عنها فلو شهد عدل المزكي من غير سوال فالقاضي
لا يصغي لقوله لان التعديل حسبة لا يسمع وفي هذه الحالة اعني حالة العود
بالتعديل يسوغ للحاكم الحكم اذا لم يتحقق عنده الجرح وينبغي ان يعرف المشهود
عليه ثبوت الحق بتعديلهم فان زعم انه يمكنه جرحهم كان الامر كما تقدم في
الكتاب من قبل ولو تحقق عنده الجرح بالتسامع قال الامام فالراي الذي
يجب القطع به انه لا يقضي بالشهادة لان ما تحققه بالتسامع اقل مراتبه
ان يقتضي وقفا والقاضي قد يتوقف لمرتبة ما ذكرنا ولا يسوغ للحاكم عندنا
بمجرد شهادة المجهولين ان يحكم بما شهدوا به قبل البحث سوا كان المشهود
به حدا او مالا او طلب المشهود عليه البحث عن عدالتهم او سكت لقوله تعالى
فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ممن ترضون من الشهداء والمجهول
غير مرضي فالمرجع عن عدالته الباطنة وقد روي سليمان عن خرشة ان
رجلا شهد عند عمر فقال اني لست اعرفك ولا يضرك ان لا اعرفك فاتني بمن
يعرفك فقال رجل انا اعرفه يا امير المومنين فقال باي شي تعرفه قال بالعدالة
والفضل فقال هو جارك الادنى تعرف ليله ونهاره ومدخله ومخرجه قال لا
قال فعاملك بالدينار والدرهم اللذين يستدل بهما على الورع قال لا قال
فصاحبك في السفر الذي يستدل به على مكارم الاخلاق قال لا قال فلست
تعرفه ثم قال للرجل ائتني بمن يعرفك فقد اظهر من قوله وفعله على وجوب البحث

ولان الخصم وهو ابو حنيفه قد وافقنا على انه لا يحكم في الحدود قبل
البحث وكذا في الاحوال عند طلب الخصم فنقول ان كل عداله شرطت في
الشهاده لم يجز الحكم بها مع الجهاله كالشهاده على الحدود ولانه لو اعترف
المشهود عليه بعداله الشهود وقال انهم زلوا في هذه الواقعه فهل
يحكم عليه قبل البحث فيه وجهان حكاهما الماوردي وكذا حكاهما العراقيون
فيما اذا قال هم عدول وان لم يذكر انهم زلوا احدهما يحكم لان ذلك معتبر
لحقه فسقط باعترافه والثاني لا يحكم وهو المختار في المرشد لان الحكم
بشهادتهم حكم بتعديلهم وذلك لا يجوز بقول الواحد كذا قاله الماوردي
وتبعه في المهذب قال ولان اعتبار العداله في الشاهد حق لله تعالى ولهذا لو
رضي المشهود عليه بشهاده الفاسق لم يجز للحاكم ان يحكم بشهادته وقد يقال
لكن من التعليل الثاني ان محل الوجهين اذا جهل الحاكم فسقهم فلو علمه لم يجز
بلا خلاف وبه صرح الامام **فرع** اذا عدل الشاهد في شهاده ثم شهد مره
اخرى فهل يجب اعاده استزكائه قال الاصحاب ان قصرت المده فلا وحكى
القاضي حسين عن القفال انه يحتاج الى البحث وتحمل المسله لاحتمال ان يكون
بينه وبين الثاني قرابه او عداوه او نحوهما وان طالت والقاضي غير خبير
بحاله في المده المتخلله فهل يجب فيه وجهان ذكرهما العراقيون واختار في
المرشد عدم الوجوب وقال الامام ان الذي مال اليه الجمهور الوجوب لان
الاحوال تتحول والانسان عرضه التغاير والحدثان وفي البحر نسبه هذا
بيان
القول لابي اسحق وهو الذي جزم به في الابانه قيل وهذا القايل يقول ينبغي
يغفل
ان لا يغفل القاضي المسله عن حال الشهود الذين يثبتون مجلسه للشهاده
وعلى هذا لو ترك البحث عمن ثبتت عدالته ثلاثه ايام كان ذلك محتملا كذا
عن
نقل العراقيون عن الامام وحكى كلامهم ايجاب البحث وراء ثلاثه ايام
ولسنا نرى ان يقدر بذلك ولكن المرجع في قرب الزمان وبعده الى العرف

الغالب

الغالب وكل مده يتوقع في مثلها تغاير طاريه فاذا اشكلت عن المسله
فلا بد من تجديد البحث بعد هذه المده عنه والمرجع الى ما يغلب على ظن
القاضي وفي البحر ان في الحاوي ان بعض اصحابنا قال يسال عنه بعد كل
سته اشهر قال وهذا ليس بمذهبنا والمذهب انه يوقف على اجتهاد
القاضي ورايه والذي رايته في الحاوي نسبه القول بتقدير المده الى سته
اشهر الى بعض الفقها كما هو في الشامل وغيره **فرع** من عدل في القليل هل
يعدل في الكثير فيه وجهان في البحر في باب ما على القاضي في الخصوم اصحهما
لا لان القضا بالشهاده يكون بغلبه الظن على الصدق وانما يسكن القلب
بقول الانسان في الكثير دون القليل قلت وهذا يوخذ من قول الشافعي انه
كتب في رقاع اصحاب المسايل قدر المال قال الروياني وفايده الوجهين
ان الشاهد بالقليل اذا عدل علانيه وصح ذلك ثم شهد في الحال هل يلزم
ن
السوال عن حاله ثانيا على هذين الوجهين قلت [illegible] وهذان الوجهان
ما حكاه ابن ابي الدم فيما اذا شهد بحق فزكاه اثنان في تلك الشهاده خاصه
هل يسمع فيه وجهان قال ان المذهب منهما المشهور عدم القبول وان
العمل في بعض الامصار على القبول للحاجه **قال** ويكفي في التعديل ان
يقول هو عدل لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم فاطلق العداله واذا
شهد انه عدل فقد اثبت العداله التي اقتضاها لفظ القران وهذا ما
نص عليه في حرمله كما نقله القاضي ابو الطيب واختاره الاصطخري
وابو علي الطبري في الافصاح وكذا القفال كما قاله في البحر والقاضي
الحسين وصاحب المرشد وحملوا قول الشافعي في المختصر وانما يقبل التعديل
بل
الا ان يقول عدل علي ولي على التاكيد والاستحباب لان الشهاده بالعداله
تقتضي الحكم بها عليه وله وفي البحر ان الذي نص عليه في حرمله انه اذا
قال هو عدل رضي كفى في التعديل ومن ثم نسبه ما حكاه الماوردي عن

بعض البصريين انه يشترط في القبول ان يقول عدل رضا لان التعديل سلام
والرضا حال وصحح في الاشراف ما حكيناه عن رواية صاحب البحر عن حرملة
بعد ان حكى انه نص في حرملة على انه يقول هو جائز الشهادة وقيل لا يجوز
حتى يقول هو عدل علي ولي عملا بظاهر النص في المختصر وقد نص عليه في الام
كما قاله الروياني ووجهه ان قوله هو عدل لا يقتضي العدالة على الاطلاق لانه
يجوز ان يكون عدلا في شيء دون شيء كما اذا وصفه بانه صادق واحتمل ان يكون
صادقا في شيء دون شيء واذا احتمل ذلك وجب ان يصرح حتى يزول الاحتمال
وهذه علة ابي اسحق المروزي وغيره وقال العلة فيه انه قد يكون الشاهد
بالتعديل ممن لا يقبل شهادته له لانه من والديه او مولوديه ولا يقبل شهادته
عليه لانه من اعدائه ومباينيه فاذا قال عدل علي ولي زال هذا الاحتمال
قال الماوردي وعلى هذا التعليل لا يلزم ذلك اذا علم انه لا نسب بينهما ولا
عداوة وعلى تعليل ابي اسحق يلزم ذلك وان علم انه لا نسب بينهما ولا عداوة
قلت وما قاله عن ابي اسحق في طرف القريب ظاهر ولم يظهر في جانب العدو
فان العدو اذا زكى عدوه لا يتجه ان يقال بعدم السماع لان ذلك شهادة له
وشهادة العدو لعدوه سائغة وعلى هذا فكان يتجه عند هذا القائل ان
يكتفي بقوله هو عدل لي وقد تعرض لهذا السؤال القاضي الحسين نعم
الاتيان بلفظة علي يحسن ان يوجه بان في ذلك مناسبة قلب القاضي بالتزكية
لانه اذا ارتضيه على نفسه شاهدا مع حرص النفوس على عدم نفوذ
كلمة الغير عليها دل على وضوح عدالته عنده وقد اشار الى علة ابي اسحق
السنجي حيث قال ان معنى قوله علي انه يقبل شهادته في كل قليل
وكثير لان من الناس من يقول اقبل شهادة الانسان في القليل دون الكثير
وقد قال الامام ان قوله هو عدل علي ولي من ابلغ عبارات المزكين
واوقعها وهي سائغة على ممر الدهور وقد قررها من كان مبتديا في
سماعها مجملة والاصحاب مجمعون على موجب ما يتلقونه منها وفي

الوسيط

الوسيط ان كيفية التعديل ان يقول هو عدل علي ولي او عدل مقبول
الشهادة فان العدل قد لا يقبل شهادته لكونه مغفلا وقال الامام
ان العدل الرضا قد يكون مغفلا نعم قد يثبت العدالة بما قال ثم يستخبر
بعد هذا عن الاسباب المانعة من قبول الشهادة كما سنصفها وهذا
كله على طريقة من رأى من اصحابنا ان السؤال عن اسباب العدالة لا يجب وهو
ما اورده القاضي ابو الطيب وابن الصباغ والسنجي والقاضي الحسين
وادعى ابن كج الاتفاق عليه ووافقهم الغزالي متبعا في ذلك ما حكيناه عن
الامام وقال الماوردي وهذه الطريقة ماخوذة من قول الشافعي ولا
يقبل التعديل الا ان يقول عدل علي ولي والقائلون بهذه الطريقة
يقولون السؤال عن اسبابها للاستظهار وانه يجب ان يكون الشاهد بالتعديل
اذا لم يذكر الاسباب من اهل الاجتهاد وقد ذهب اخرون من الاصحاب الى
وجوب السؤال عن اسبابها ويكون الشاهد على هذا مؤديا للاسباب والقاضي
هو الحاكم بالعدالة وعلى هذا لا يشترط ان يكون (ان) هذا من اهل الاجتهاد
وقائلها يقول استزادة القاضي ان يستشهد والده انه عدل لهم وعليهم
استخبار عن حكم العدالة وليس بشرط في قبول الشهادة ولا يجب على
الشاهد ذكره نعم هل يجب على الحاكم الاستخبار عنه فيه وجهان احدهما لا
كالشاهد لان الشهادة باسباب العدالة تغني عما سواها والثاني نعم
للاحتياط قلت ولو قيل باشتراط ذكر هذا على هذه الطريقة لم
يبعد بناء على التعليل الثاني في اصل المسألة لان اسباب العدالة صفات حال
في الشاهد والعداوة والقرابة اسباب مانعة من قبول الشهادة لا
تنافيها اذ هي صفات الكمال فجاز ان يجب التعرض لها كما على الطريقة الاولى
تنبيه شهادة الاب بعدل الابن وبالعكس هل تسمع فيه خلاف
ذكرته عن البغوي وغيره من قبل والذي جزم به الماوردي هنا وتبعه في

البحر وكذا صاحب الكفاية وراه الغزالي والأظهر المنع وقد يقال
بإمكان أخذه من الخلاف الذي ذكره الشيخ هنا لأن من اكتفى بقوله هو
عدل لم ينظر إلى كونه قريبا أو عدوا ومن نظر إلى ذلك لكن قد يقال
من اكتفى بقوله هو عدل اكتفى به في ثبوت العدالة ظاهرا والقاضي من
وراء الكشف عن القرابة وغيرها كما حكيناه عن الإمام فلا يظهر مجيء
أصل الخلاف من هنا نعم المنع يوجد من هنا قطعا على توجيه أبي إسحق و
فرع هل يحل للأب تزكية ولده إذا كان القاضي لا يرى ذلك وهو يجهل أنه
ابنه لم أر فيه نقلا والذي يظهر تخريجه على أن الفاسق في الباطن إذا علم حقا
وطلب أداءه وهو ظاهر العدالة هل يحل له الإقدام
على الأداء أم لا وفيه وجهان حكاهما في البحر في فروع ضمن باب ما على
القاضي في الخصوم بناء على وجهين في أن الفاسق هل عليه إقامة الشهادة
وجه الجواز أنه يشهد بالحق ليصل الحق إلى مستحقه ووجه المنع أن في أدائه
إيقاع الحاكم في حكم باطل لأنه إذا حكم بمستند باطل في نظر الشرع في حق
نفس الأمر كان باطلا قال ولا يقبل التعديل إلا ممن هو من أهل الخبرة الباطنة
بحاله أي من جهة الأداء أو قرب أمانته كما قاله الشافعي لأثر عمر السابق والمعنى
فيه أن الناس يخفون عوراتهم ويغطونها ولا يستحق الاطلاع على السرائر
ولكن لا أقل من التوصل إلى ما يغلب على الظن وذلك لا يحصل إلا لأهل
الخبرة الباطنة ولأن من ليس من أهل الخبرة إنما يعتمد فيما يذكره الظاهر
من حاله ولو اكتفينا بذلك لم يحتج إلى تزكية لأن القاضي في هذا كالشاهد
وهذا كله في الشهادة بالجرح لا يشترط فيها أن يكون الشاهدان من أهل
الخبرة الباطنة بل لأنه لا يشهد فيه إلا عن معاينة أو سماع كما سنذكره
وذلك لا يحتاج إلى خبرة باطنة وهذا أحد ما يتميز به شهود التعديل
على الجرح والثاني أن يكون شاهد التعديل عالما بأسباب التعديل على

(هامش: لم يكتف بذلك — غيره)

المشهور

المشهور بخلاف شهود الجرح فإنه لا يشترط معرفتهم بما يقتضي
الجرح لأنهم لا بد أن يصرحوا بالسبب المجرح ثم اعلم أن القاضي وصاحب
المسألة إن كان لا يعرف أن المزكي من أهل الخبرة الباطنة بالمشهود
بالعدالة ولم يعرف حذقه ومعرفته سأله كما فعل عمر لأنه قد
يعتقد جواز الثناء على الظاهر وبحسب الظن فإذا بحث القاضي زال
اللبس وإن علم أن المزكي خبير به أو خبير بالتزكية وقد العذر لا
يراجعه فيها فوجده خبيرا بصيرا غير مكتف بالظاهر فإذا أطلق
التعديل قال الإمام فالأصح أن القاضي لا يحتاج إلى مراجعته في إسناد
تزكيته إلى الباطن ومن أصحابنا من شرط هذه المراجعة في كل تزكية متمسكا
بأثر عمر قال وهذا غير سديد والأثر محمول على علم عمر بأن المعدل لم
يكن خبيرا إنما خبر العدالة وهذا الخلاف أصحاب المسألة إذا عدلوا عند
القاضي واكتفينا بهم كما هو الصحيح فإنه يشترط أن يكونوا من أهل
الخبرة قال الماوردي ولا يجوز للحاكم أن يسألهم من أين علمتم التعديل
وكذا الجرح إن عادوا به وكلام ابن الصباغ قريب منه لأنه قال وليس
للحاكم أن يقول كذا ولفظ المعتمد يحكي أنه لا يسألهم من أين تحملوا الشهادة
ولا عن من أخبرهم بذلك فرع إذا شهد شخص من أفواه الناس في شخص
وأمانته وصلاحه وشهد جماعة بأنه عدل فهل يسوغ له تعديله
وليس هو من أهل الخبرة بحاله قال القاضي الحسين له ذلك إذا تكرر
ذلك على سمعه من أفواه الناس مرة بعد أخرى في مقامات مختلفة
تخرج عن حد التواطؤ فأما أن يشهد عنده عدلان أو أكثر فلا لأنه يحتمل
التواطؤ في ذلك قال وإن عادوا بالجرح سقطت شهادتهم لعدم الثقة
بقولهم وهذا ظاهر على قول الإصطخري وغيره في أن المرجح في التعديل
والجرح إلى شهادة أصحاب المسائل دون المسؤولين وأما على قول أبي إسحق

فيظهر ان يقال لا تسقط الشهادة ما لم يشهد اثنان من المسولين
بالجرح كما يشهد اثنان بالتعديل عند عود اصحاب المسائل به لكن في
الشامل وتعليق ابي الطيب ان ابا اسحق قال اذا عادا اليه واخبراه
بالجرح توقف وقال للمدعي زدني في شهودك قال القاضي الحسين
وانما توقفت الشهادة بالجرح على سوال القاضي ان الجرح يسمع فيه شهادة
الحسبة ثم في عودهم بالجرح لا يستحب ان يعاد الجرح في العلانية لما في ذلك
من الهتك كذا قال واما اذا عادوا بالتعديل فما تقدم رجحه الماوردي والبغوي
وان عاد احدهما بالتعديل والاخر بالجرح بعث اخرين لان النصاب من التعديل
والجرح لم يكمل فلعله بارسال الاخرين يكمل في احدهما او فيهما فيترتب
على ذلك حكمه كما سنذكره وفي المهذب انه يبعث ثانيا فان عادا بالجرح حملت
بينة الجرح وعمل بموجبها وان عادا بالتعديل حملت بينة التعديل وعمل
بموجبها وهذا اخذه من قول الماوردي ويجوز ان يقتصر فيمن يبعثه بعدهما
على واحد لان بالواحد تكمل بينة الجرح او التعديل وخص القاضي الحسين محل
بعث الواحد بحالة عود اثنين بالتعديل وواحد بالجرح وحكى الامام في هذه
الصورة عن ابي اسحق انه يقول للمدعي زدني في شهودك وقال ان اراد به على
وجه الاحتياط فلا وجه له والذي اورده القاضي ابو الطيب والبندنيجي
وابن الصباغ في مسألة الكتاب الاول وقال الماوردي انه احوط وهو الذي
نص عليه الشافعي في المختصر لكنه قال اعادهما مع غيرهما واجل هذا قال
البندنيجي انه يبعث بهما ثانيا ويبعث مع كل واحد منهما غيره وقال الماوردي
ان قول الشافعي اعادهما مع غيرهما يحتمل امرين احدهما ان يعيدهما ثانيا
للبحث فربما ظهر لمن عاد بالجرح موافقة صاحبه ويسمع الحاكم من كل
منهما رجوعه الى ما بان له من طلاق شهادته الاولى والاحتمال الثاني
ان يكون معنى قوله اعادهما يعني عن الشهادة الى حيث يشاء لينظر ما

شهد به

شهد به الثالث قال فان عدله اثنان وجرحه اثنان قدم الجرح على
التعديل لان شهادة الجرح شهادة على امر باطن وشهادة التعديل
العدالة شهادة على امر ظاهر فكانت تلك اولى لانها علمت ما خفي على
الاخرى وصار هذا كما لو شهد اثنان بدين وشهد اخران بقضائه
تقدم شهادة القضاء لانها علمت ما خفي على الاخرى ولان الجارح
مثبت والمعدل نافي والاثبات مقدم على النفي هكذا الحكم فيما لو شهد
اثنان بالجرح واثنان بملازمته واخرى مائة بالتعديل كما قاله القاضي الحسين
وغيره والحق الامام بهذه الصورة ما اذا تحقق عند القاضي الفسق بالشا
وشهد معدلون على العدالة كما حكيناه من قبل قال الاصحاب ولا يقدم بينة
التعديل على الجرح الا في مسألة وهي اذا شهد اثنان على جرحه في بلده ثم انتقل
الى بلد اخرى فشهد اخران فيها بالتعديل فانه يقدم التعديل على الجرح
كذا الطعون ويظهر ان محله اذا كان بين انتقاله من البلد الاول الى الثانية
مدة الاستبراء او الاعلام يعلم وقد ذكر الطبري مسألة اخرى وهي ان
يقول اثنان انه زنا او سرق ويقول اخران انه تاب وحسنت حالته
قال ولا يقبل الجرح الا مفسرا اي لا يقبل الا بعد ذكر سبب الجرح لان اسبابه
مختلف فيها فقد يظن الشاهد ما ليس بجرح عند القاضي جرحا مع ان
الاعتبار فيه بما يراه القاضي قال الشافعي في الام شهدت رجلا صالحا
شهد عند رجل على رجل بالجرح فقال له بم جرحته فامتنع من تفسيره
وقال مثلي لا يخفى عليه الشهادة المجروحة فالح عليه وقال لا اقبل
حتى تبين السبب فقال رايته يبول قائما فقال ابن يشتس البول على ثيابه
ورجليه ويصلي فيها فقال رايته يفعل ذلك فقال ما اراه يفعل ذلك
ما اسقط شهادته فاذا فسر الشاهد السبب نظر فيه القاضي فان
كان عنده سببا ايضا حكم به واسقط الشهادة والا توقف حال

الماوردي وهذا اطلاق التعديل حيث لا يشترط ذكر اسبابه على المشهور
قال ابن الصباغ لان اسبابه تكثر ولا يمكن ضبطها وقال القاضي ابو الطيب
لان اكثر ما فيه ان يذكر ما يفعل من الطاعات واداء الفرايض على حسب
ما شاهده وقد يفعل ذلك لادله ويفسق بمعصيه ياتي بها سرا او ليس
كذلك سبب الجرح فانه يمكن الاحاطه به فلهذا اوجب كشفه قال الاصحاب
وكشفه ان يقول رايته يزني كما قال الامام او يسرق او يغصب او يلوط ونحو
ذلك او اقر عندي بالزنا او السرقه او سمعته يقذف او يكذب او يمشي بالنميمه
او يقول ما يعتقده من البدع المستنكره كما قاله الماوردي ونحو ذلك
وهذا الذي اراده الشافعي بقوله لا اسمع الجرح الا بالمشاهده او السماع
وقال البندنيجي وابن الصباغ ان هذا القول من الشافعي عايد الى اصحاب
المسايل لانه يحتاج ان يعلم منه ما يفوضه الحاكم اليه من ذلك لتشهد به عنده
وانما تصير عالما بان يعلم ذلك مشاهده او سماعا والحقا وكذا الماوردي لما
ذكره من قسم السماع ما اذا سمع من عدد التواتر او الاستفاضه ذكر عنه وحصل
له العلم قالوا او تطلق الشهاده في هذه الحاله كما يشهد بالموت والنسب والملك
المطلق فاما السماع من الواحد والعشره فقد قال الشيخ ابو حامد انه لا يشهد
على ما يذكر لكنه يشهد عند الحاكم بما سمع ويكون شاهد فرع والذي يستمع
منه شاهد الاصل فيكون حكمه حكم شاهد الفرع والاصل ولا يثبت عليه ما
لم يشهدا الاصل الا باثنين قال ابن الصباغ وهذا الخلاف ما ذكره
في الاستفاضه وهذا ما ذكره العراقيون اعني جمله ما ذكرته وفي النهايه
ان من اصحابنا من لم يشترط هذه المبالغه في ذكر السبب وعن بالمبالغه
ما حكاه من قوله رايته يزني ونحو ذلك قال والذي يذكر ما يبينه على ما يقع
به الجرح لا محاله وانه خرجه بعض العراقيين على طريقه الاصطخري
فان مبناها على طرف من المسامحه قال الامام وورا هذا سر وهو ان

المزكين اذا جرحا بالنسبه الى الزنا عن العلما من جعلهما قاذفين اذا
لم يساعدهما عليه شاهدان اخران وبه قال بعض اصحابنا ومنهم من
يستثني مقام الجرح ولا يجعل نسبته الى الزنا في هذا المقام قذفا
والسبب فيه الحاجه فان المزكي مراجع مستخبر والقاذف مبتدي
من غير مراجعه فعلى الاول لا يحملون التصريح بل يجب احتمال ما يا تون به اذا
عرضوا حتى لا يفضي عليهم عند التصريح بالايجاب وهذا التمهيد لحذر
المراجع المستخبر وعليه يحمل قوله صلى الله عليه وسلم اذكروا الفاسق بما فيه يحذره
الناس قلت وما ذكره الامام عن بعض الاصحاب انهم غير قذفه ينطبق عليه
قول ابن الصباغ حكايه عن الشيخ ابي حامد ان القاضي اذا سال الشاهد
عن سبب الجرح وكان زنا لم يكن قذفا سوا كان بلفظ الشهاده او بغير لفظها
لانهما لم يقصدا ادخال المعره عليه بالقذف وانما قصدا اثبات صفته عند
الحاكم ليبني الحاكم حكمه عليه والماوردي قال ذلك فيما اذا كان الشاهدان
من اصحاب المسايل وقال فيما اذا كانا من الجيران انهما قاذفان اذا لم يكمل
الشهاده والفرق ان اصحاب المسايل ينهوا الاخبار بما سمعوه بخلاف
الجيران وكلام البندنيجي يقتضي ان ما حكي عن ابي حامد في اصحاب المسايل
ايضا ثم فيما ابداه الامام من عند نفسه في التوجيه نظر من جهه انه
يقتضي اختصاص الاكتفا بالتعريض بالنسبه الى الزنا اما في غيره فلا وقد
اطلق كلامه اولا في الاكتفا بالتعريض بالنسبه فيه وفي كل ما ينسبه اليه
قال وان سال المدعي ان يحبسه حتى يبحث عن الشهود حبس لان الظاهر عداله
الشهود وانما يتوقف للكشف عن جرحهما ولان المدعي قد فعل ما عليه من
احضار البينه وبقي ما على الحاكم من معرفه العداله كذا قاله الماوردي
وابن الصباغ في كتاب اللعان وهو محكي عن ابي اسحق المروزي كما حكيناه عند
الكلام في المحبوسين والذي صححه البغوي وقال في المهذب انه ظاهر المذهب

وبه جزم القاضي ابو الطيب حيث قال انه يحبس حولا واحدا او على
هذا لو استقل من حبسه والمرجع فيها الى القاضي كما قاله في البحر وفي
الرافعي ان العراقيين والقاضي الروياني قالوا ان الحبس قبل التعديل الى
ظهور الامر للقاضي بالتزكية او الجرح ولا يستقل له مدة وكذا رايته في
تعليق البندنيجي قبيل باب القضاء على الغائب ولم يحك الامام سواه في اخر
باب الشهادة على الوصية وزاد للوجوه احدها ما حكاه القاضي ابو الطيب
وابن الصباغ وغيرهما عند الكلام في المحتسبين انه لا يحبس وعزاه الى الاصطخري
وقد حكاه المصنف والبغوي هنا ولم يحك القاضي الحسين في باب الشهادة على
الوصية سواه واشار اليه الامام ثم وجهه ان الاصل براءة الذمة والحق لا يجب
الا بظهور العدالة ولم يظهر مع انه يعفو به في الحال وهذا ما رجحه القاضي حين
قبيل باب الدعاوي وقال ان الاول لا يصح بعد ان نسبه الى قول العراقيين من
اصحابنا لانه يطالب بكفيل وحينئذ فيكون اختياره انه لا يحبس بل يطالب بكفيل
وقد حكاه البغوي هنا وجها اخر وقال ان له ملازمته على طلب الكفيل قال
وان بعث القاضي معهما رجلا يستكفل فالاجرة على المدعي الثالث قال الامام
في باب اللعان اني وجدت في بعض الطرق رمزا الى ان المدعى عليه لا يحبس في
القذف والحد الرابع حكاه البندنيجي وابن الصباغ والقاضي الحسين والامام
عن الاصطخري انه يحبس في المال وان قلنا لا يحبس في القذف والقصاص لان
المال يمكن استيفاؤه من عينه بخلاف القذف والقصاص قال ابن الصباغ وما
ذكره من الفرق ليس بصحيح لان المال قد يتعذر استيفاؤه بغيبته بان يخفيه
ولا يظهر للحاكم وهذا طلب الحبس فلو طلب من القاضي ان يحجر عليه في المال في
صورة قول المدعى به دينا مخافة ان يضيع ماله او يحتال فيقر به لانسان فهل
يجاب فيه حكى الامام قبيل باب الدعاوى فيه خلافا عن الاصحاب الذي قاله
الاكثرون انه لا يجاب فان نصر الحجر عظيم فلا سبيل الى الاجابة اليه قال
ولا يتجه عندنا الا هذا وقال القاضي يعني الحسين ان كان يتوهم القاضي هذا في المشهود

حكم

عليه

عليه بان كان يجرفه محتالا خصما فله ان يجيبه والاظهر الذي
رايته في تعليقه انه ان طلب الحجر وجب على الحاكم ان يحجر عليه وان لم
يسال ففي وجوبه عليه وجهان احدهما هو حق له تعالى كالتعديل على اصلنا
لا يتوقف على سؤال الخصم والثاني لا يجب بل هو حقه كالكفالة سال من
عليه الحق ثم قال اذا قلنا بالوجوب فلو اغفله القاضي فلم يحجر وتصرف
المشهود عليه بالبيع والاقرار ثم خرج الشهود عدولا فهل ينقض تصرفه
ام لا الظاهر انه ينقض ويحتمل ان يقال لا ينقض ويطرد مجرد السفه
والسدر هل يوجب الحجر ام لا وقد حكي عن رواية ابي الحسين ابن القطان ان الدين
المدعى به يستوفى ويوقف ولو كان المدعى عينا وطلب المدعي الحيلولة بينه
وبينها اجيب الى ذلك ان كان العين مما يخاف هلاكها والتعويل عليها ويجب
اذا امكن اجارها عند الطلب وان كانت عقارا فوجهان حكاهما الامام
واشبههما في الرافعي وبه جزم القاضي الحسين وهو قضية اطلاق الاكثرين
انه يجاب ايضا وعن حكاية ابي الفرج عن الاصطخري انه لا تنزع العين اصلا
وحكاه ابن كج وجهين في الحيلولة وان لم يطلبها المدعي واسند كونهما في الحيلولة
بين العبد المدعي للعتق وبين سيده ولو كان المدعي عبدا ادعى على سيده انه اعتقه
وسال القاضي ان يحول بينه وبين سيده اجيب ويكتسب وينفق عليه من كسبه
فان فضل شيء حفظ وسلم الى من تقوم له البينة والا فسلم للسيد ان جرحت
البينة فان لم يكن له كسب انفق عليه من بيت المال ثم يرجع على سيده ان بان
جرح الشهود واستمرار الرق وان بان حرا فقيرا فلا رجوع وعن ابن كج حكاية
وجهين في ان العبد هل يوجر بدون طلبه او طلب السيد له لا بد من طلب احدهما
قال الرافعي والاول اقرب الى ظاهر النص ولو لم يطلب العبد الحيلولة فهل للقاضي
تحليها عنه وجهان في التهذيب والذي حكاه القاضي الحسين والامام ان له
ذلك اذا راه وانه لو كان المدعي العتق امة وجب احتياطا للبضع وكذا

له

فيما لو كان المدعا طلاقا فتحتم الحيلوله ولو كان المدعى به زوجيه امراه
منعناها من الانسا على المشهور وذكر بعض الاصحاب وجها انها لا
تمنع بخلاف العبد فان الاصل في المراه الحريه وتخليه السبيل قال الامام وهذا
وجه ضعيف واذا قلنا به فهل ناخذ منها كفيلا قال الصيدلاني فيه وجهان
ذكرهما صاحب التقريب **قال** وان قال المدعي لي بينه غايبه فهو بالخيار ان شا
حلف المدعا عليه لان الغايبه كالمعدومه وان شا صبر حتى تحضر البينه لان
الحق في طلب اليمين له فله تاخيره وليس له ان يلازمه الى حضور بينته لقوله
عليه الصلاه والسلام شاهداك او يمينه ليس لك الا ذاك وهذا الخلاف فيما لو كانت
البينه في البلد فان له ان يلازمه على حضورها ما كان مجلس الحكم في يومه
باقيا فاذا انقضى المجلس لم يكن له ملازمته ما لم يشهد بوجود البينه وفيه
فان شهدت احواله بوجود البينه جاز ان يلازمه الى غايه اخرها ثلاثه ايام
كذا حكاه الماوردي في باب ما على القاضي في الخصوم وحكي في البحر في الفروع
المذكوره بعد باب الاقضيه ان ابن ابي احمد قال عندنا لا يلازمه الا ان يكون
في صغر او جلوس القاضي فيلازمه حتى تحضر البينه وهذا ما حكى الغزالي ان
القضاه اصطلحوا عليه **قال** وان اقام شاهدا واحدا اي عدلا وسال
ان يحبسه حتى ياتي بالثاني اي وقال انه في مكان قريب حبس قال الشافعي رضي الله عنه
وان احدهما انه لا يحبس لان الحق لم يثبت بعد وهذا ما نص عليه في اللعان وهو
الاقيس الشيخ في تصحيحه ابن الصباغ وصاحب البحر والتهذيب والنواوي
والثاني يحبس لانه لو حبس مع حال الحد وبعضا العداله جاز ان
يحبس مع حال العداله وبعضا الحد وهذا ما ادعى الرافعي ان الروياني
اختاره فعلى هذا لو كان الشاهد مجهول الحال فهل يحبس فيه وجهان في
البحر … الحاوي والنهايه في فصل باب الدعاوي واذا قلنا يحبس
في حال كونه عدلا جرى جميع ما ذكرناه عند اقامه الشاهدين المجهولين

فيه الاما

فيه الا ما سنذكره من تقييد مده الحبس والقايلون بصحاح الاول
فرقوا بان العداله اذا لم تثبت بظهورها فاقام الحجه مستند الى وقت
قيام الشهاده ولا كذلك في الشاهد الواحد فان عدل الاتيان بالثاني
ثم وقد حكى القاضي الحسين الخلاف في اصل المسأله وجهين وقيل ان
كان في المال لم يحبس قولا واحدا لانه يمكنه ان يحلف مع شاهده ويستحق
تجري مجرى حضور الشاهدين وهذه طريقه ابي اسحق حكاها البغوي
والمصنف هنا وقال القاضي الحسين والامام في باب اللعان ان الخلاف
في هذه الصوره مرتب على القولين في نظيرها من حد القذف والقصاص
وهنا اولى بالحبس لما ذكرناه ثم قال الامام وقد يجاب عن ذلك بان الحلف
مع الشاهد اذا كان ممكنا فيقال للمدعي ان تمكن من اثبات حقك
باليمين فان حلفت ثبت حقك فافعل هذا او خل حقك وهذا الكلام فيه
فقه وان اعترض ما قدمناه في الترتيب اسقطه اثباتا وقد حكى الرافعي
هذه الطريقه عن روايه ابي الفرج والابن الصباغ والسنجي قال انه يحبس
في المال قولا واحدا على راي الاصحاب وعلى راي الاصطخري لا يحبس والخلاف
انه لا يحبس عند اقامه الشهاده في حدود الله تعالى لطلب الكسر لا لانها
مبنيه على المساهله اما اذا قال ان الشاهد الثاني في مكان بعيد وهو
الذي يتعذر حضوره في مده … انه ايام فانه لا يحبس قولا واحدا
صرح به القاضي ابو الطيب وصاحب البحر في اول باب الدعاوي وحكاه
في الشامل عن ابي اسحق … طرق الاهل اذا ادعى ان له شاهدين غايبين
يحبسناه … ثلاثه ايام ولم يحكم انه تخرج وهو ما حكاه الرافعي عن
العراقيين والروياني وقد نقله ابن … الى النهايه والحاوي
وهو في احرار الشهاده بالوصيه … ان تعلق السنجي فيه … ان
القضا على الغايب **فرع** التمر والغله الحادثان بعد شهاده الشاهد

الا اقبل من يكون سطرا ان ارخ الثاني شهادته بيوم شهادة الاول
او بما قبله كان للمدعي الاحلاف في له الاخر حين شهادة الثاني كذا
حكاه الرافعي والقاضي الحسين فصل باب محضر الدعوى سنة في موضع
الى نص الشافعي ثم قال اذا اقام شاهدا واحدا في المال وان قلنا يحكم
عليه فعلى هذا توجه عليه اجر المثل من وقت اقامة الشاهد الاول
ونفع الملك له عقيب اقامة الشاهد الاول وان قلنا لا يحكم عليه فعلى هذا
ما حصل من النماء والزيادة بعد اقامة الشاهد الاول وقبل اقامة الشاهد
الثاني يكون ملكا للمدعى عليه وفيه قول احزان الثمرة والنتاج الذي حصل
بعد اقامة الشاهد الاول وقبل الثاني يكون ملكا للمدعي قال واذا علم الحاكم
اي بالمشاهدة وجوب الحق فهل له ان يحكم بعلمه اي على من يسوغ له الشهادة
عليه ولمن يسوغ شهادته له فيه ثلاثة اقوال احدها يحكم لقوله تعالى يا داود
انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وهو يعلم ان احدهما محق
في الخصومة فلزمه الحكم بالحق وروى ابو سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الا
يمنع احدكم هيبة الناس ان يقول في حق اذا رآه او سمعه ولانه يجوز له الحكم
بشهادة الشاهدين وذلك من طريق الظن فما علمه اولى وهذا ما نص
عليه في الرسالة حيث قال واقضي بعلمي وهو اقوى من شاهدين او شاهد
وامرأتين وهو اقوى من شاهد ويمين وهو اقوى من النكول ورد اليمين وقال
الربيع كان الشافعي يرى القضاء بالعلم وكان لا يبوح به لقضاة السوء وقد
اختار المزني صحته الجمهور ومنهم الماوردي والروياني والفوراني وبعضهم
قطع به والثاني لا يحكم لقوله صلى الله عليه وسلم شاهداك او يمينه ليس لك الا
ذلك وقد روي عن عمر انه تداعا عنده رجلان فقال احدهما انه شاهدي
فقال ان شئتما شهدت ولا احكم او احكم ولا اشهد ولان علمه لو اقيم
مقام الشاهدين لانعقد النكاح بحضوره وحده وهذا ما قال الرافعي ان

الروياني اختاره

الروياني اختاره وصححه في الوجيز لفساد الزمان وعموم الشبهات
السه وعلى هذا لو شهد عنده شاهد بما علمه فهل يقوم علمه مقام
شاهد آخر فيه وجهان اصحهما في البسيط المنع وقال الامام وهو القياس
والقائلون بالقول الاول اجابوا عن الحديث بانه عليه الصلاة والسلام لم يكن
يعلم في تلك الواقعة من المحق منهما وعن اثر عمر بانه لم يثبت والنكاح فالمغلب
فيه حضور الشهود دونه التعبد والتهمة موجودة فيما اذا قال ثبت عندي وصح
لدي كذا من غير ان يبين سبب الثبوت ومع ذلك لا يمتنع نفوذ الحكم فدل
على عدم تأثيرها في الحكم وهذان القولان نص عليهما في الام كما قال الماوردي
والثالث يحكم في غير حدود الله لما ذكرناه ويدخل في ذلك الزكوات كما قاله
القاضي الحسين ولا يحكم في حدوده وهي حد الزنا والسرقة والحرابة والشرب
لانها تدرأ بالشبهات ومندوب الى الستر فيها وقد روي ان ابا بكر قال لو
رأيت رجلا على حد لم احده حتى تقوم البينة عندي وهذه الطريقة هي التي
ذهب اليها الاكثرون كما قال في الحاوي وان القائل بطرد القولين في الجميع
هو ابن سريج وابن ابي هريرة وقد رتب المراوزة الخلاف في المسئلة فحكوا في الحكم
بالعلم في الاموال قولين وفي حدود الله تعالى قولين مرتبين على الاول واولى بالمنع
وفي الحدود المتعلقة بالآدمي قولين مرتبين على القولين في حدود الله تعالى
واولى بالجواز اما اذا علم وجوب الحق بالخبر المتواتر فان قلنا يقضي فيما
اذا علمه بالمشاهدة فهنا اولى والا فوجهان محكيان في النهاية قبيل باب
تفريق قسم الصدقات احدهما لا كالمعلوم بالمشاهدة والثاني يقضي
لان المحذور من منع القضاء بالعلم توجه التهمة فاذا شاع الامر زال
هذا المعنى اما الحكم على من تقبل شهادته عليه او الحكم لمن ترد
شهادته له فيمتنع قطعا وقد اشرنا اليه فيما تقدم قال القاضي حسين وكذا
وغيره والخلاف انا وان قلنا لا يقضي بعلمه فلا يسوغ له القضاء بخلاف

حتى

علمه وذلك مثل ان يشهد شاهدان على زوجيه والقاضي يعلم ان
بينهما محرميه او طلاقا بائنا ثلاثا او يشهدا على موت انسان في تاريخ ذكراه
وهو يعلم انه كان حيا في ذلك الزمان او برق عبد والقاضي يعلم انه حاز العتقه
وقد نسب بعضهم الى الاصطخري انه قال بعض القضا بالعلم في مواضع منها
ان يقر عنده انه طلق امراته ثلاثا ثم تدعي زوجيتها ومنها ان يدعي ان فلانا قتل
موريه وهو يعلم انه قتله غيره ومنها ان تدعي جاريه المراه التي في يده امته
وتصدقه على ذلك والقاضي يعلم انها ابنته وفي الحاوي انا اذا لم نجوز الحكم بالعلم
فادى عند القاضي شاهدان يعلم خلافه هل يجوز حكمه بشهادتهما فيه وجهان
احدهما نعم لان الشهاده هي المعتبره في حكمه دون علمه وهذا يوافقه الوجه
الصائر الى انه لا يقضي في الجرح بعلمه والثاني وهو الاصح لا يجوز لانه متحقق
للذيبها تنبيه ظاهر كلام الشيخ يقتضي امورا احدها ان محل جواز الحكم
في القضا بالعلم لا بالظن وعليه ينطبق قول الامام هنا انا اذا جوزنا له ان
يقضي بعلمه فذاك فيما يستيقنه لا فيما يظنه وان غلب على الظن فان الظنون لها
مآخذ لا يستند الى غيرها وقوله في كتاب التفليس ومن لطيف الكلام في ذلك ان
كل ما يستند الشهاده فيه الى اليقين فلو علمه القاضي بعينه اختلف في جواز
قضائه بعلمه ولو انتهى القاضي فيما لا علم له الى مستمسك يشهد عنه كالاصول
التي ذكرناها فلا يحل له القضا وان كان يحل له ان يشهد بها احاط به وظهر
عنده فليتامل الناظر في هذا فانه من اسرار القضا والذي ذكر من الاصول
هي الشهاده على انه لا مال له او لا وارث له والشهاده بالتعديل والشهاده
على الاعلال وقد بسط الغزالي ذلك في قوله ولا خلاف انه لا يقضي بظنه الذي
لا يستند الى بينه لكن في كلام غيرهما ما ينازع في ذلك فان الماوردي قال في
كتاب اللقيط اذا راى الشاهد رجلا يتصرف في دار مده طويله من غير
معارضه جاز ان يشهد له بالملك على قول لا يجوز للحاكم ان يحكم به والحكم

عاد

المقول

او كد من

اوكد من الشهاده والثاني لا يجوز ذلك للشهود وان جاز للحاكم
لان للحاكم ان يجتهد وليس للشهود ان يجتهدوا وليس هذا الا بنا على
جواز القضا بالعلم وهو غير حاصل في هذه الصوره وهل لاصحاب
التهذيب والائمه كما قال الرافعي مثلوا القضا بالعلم الذي هو محل
الخلاف بما اذا ادعى عليه مالا وقد راه القاضي اقرضه ذلك او سمع
المدعا عليه اقر به لذلك قال الرافعي ومعلوم ان رويه الاقراض وسماع
الاقرار لا يفيد اليقين بثبوت الحكم به وقت القضا فدل ذلك على ان المراد
من القضا بالعلم الظن المؤكد الغالب قلت ولا اشكال في ان ما قاله الماوردي
مخالف لما قاله واما ما ذكره البغوي وغيره فقد يجاب عنه بان يقال ما
استند القضا اليه هو الاقرار والاقراض الذي هو السبب ولا اشكال في انهما
معلومين فلذلك نفذ القضا القاضي اذا كان مستنده ذلك الخلاف ما اذا
كان مستنده التصرف والتسامع ونحوهما فانه لم يستند الى معلوم الثاني
انه لا فرق في جريان الخلاف بين ان يكون ما حصل له من العلم قبل الولايه او
بعدها في محل ولايته او غيره وهو ما صرح به القاضي ابو الطيب والحسين
وغيرهما من العراقيين لكن هذا اللفظ يشمل ما اذا كان العلم قد حصل في
مجلس الحكم او غيره وعليه ينطبق ما حكاه الماوردي عن نص الشافعي
في ادب القضا من الام حيث قال لا يجوز فيه اي القضا بالعلم الا واحد
من قولين احدهما ان له ان يقضي بكل ما علم قبل الولايه وبعدها في مجلس
الحكم وغيره من حقوق الادميين والثاني لا يقضي بشي من علمه في مجلس الحكم
ولا في غيره الا ان يشهد شاهدان على مثل ما علم فيكون علمه وجهله سوا
وفي النهايه والكفايه انا اذا قلنا لا يقضي بعلمه فاقر شخص عليه وبين
الاشهاد وحكم عليه قولا واحدا فان الاقرار في محل الحكم حجه ظاهره قال
الغزالي لانه اقوى الحجج وهذا ما حكاه الماوردي عن الاكثرين ومنهم الكرابيسي

وابن سريج مع وجه اخر موافق لمذهب مالك انه لا يقضي اذا اقر عنده
الخصوم الا ان يشهد باقراره شاهدان فلا يصير حاكما بعلمه وقد
منعناه وعلى هذا الوجه ينطبق ما حكيته عن ابن سحي وغيره عند قول
الشيخ والمستحب ان لا يحكم الا بمشهد من الشهود وظاهر النص الذي
حكيناه عن الام يدل عليه ايضا نعم الخلاف المشهور فيما اذا اقر عنده سرا
هل يحكم به وقد منعنا القضا بالعلم لانه يتجه وحمله مجالس القضاة بمثابة
مجلسه الذي يتصدى فيه للقضا هل كما وجه الامام الجواز مع حمله تصحيفه
والتوجيه المذكور يعرفك ان المراد بالسر ما اذا اقر في محل ولايته لا في مجلس
الحكم وقد اشار الماوردي الى تخصيص محل الخلاف في الاقرار في مجلس الحكم
في موضعين من الحاوي احدهما في كتاب الاقضية حيث قال اذا ادعى رجل على رجل
حقا ان اجاب المدعا عليه بالاقرار قبل سوال القاضي صار القاضي حاكما فيه
بعلمه فان منع من الحكم بالعلم احتاج ان يحكم به عليه الا ان يقر بعد سواله له
والثاني في كتاب الاقرار حيث قال لا يصح الاقرار الا بعد شرايط اربع الشرط الرابع
منها وهو المقر عنده وهو من يصير الحق به محفوظا وهو احد شخصين اما حاكم
فيلزم او شاهد فيتحمل فان كان الاقرار عند حاكم فمن شرطه ان يكون بعد
سماعه الدعوى عليه فان اقر قبل سماع الدعوى او من غير دعوى ففي صحة
الاقرار لاصحابنا وجهان احدهما يصح وحكاه ابن المنذر عن الشافعي
والثاني لا يصح قال ويشبه ان يكون اختلافهم في هذا مخرجا من اختلاف قوليه
في ان الحاكم هل له ان يحكم بعلمه ام لا الثالث انه لا فرق فيما جرى من الخلاف
فيه بالقضا بالعلم بين شي وشي وقد قال العراقيون كابي الطيب والبندنيجي
وابن الصباغ وغيرهم انه يقضي في الجرح والتعديل بعلمه وجها واحدا حتى قال
الماوردي عند الكلام في البحث عن حال الشهود ان هذا مما لم يختلف فيه مذهب
الشافعي وهذا الذي وعدنا من قبل انه يدل على ان المراد بالعلم الظن

الموكد

الموكد لان العدالة لا تعلم يقينا وبعض المراوزة لما نظر الى ذلك ونظر
الى انه لا يحكم الا بما علمه منع القضا بالتعديل الا بعد بينة شاهدين
وهو ما حكيته عن رواية الامام في كتاب التفليس والقاضي الحسين اي يخرج
الحكم بالعدالة على القضا بالعلم ومن الذخاير طرده في الحكم بالجرح ايضا
وقد حكى الماوردي هذه الطريقة في كتاب الشهادات عند الكلام في جرح الشاهد
حيث قال وكان بعض اصحابه يعني الشافعي يقول هل يحكم بعلمه في الجرح
والتعديل ام لا فيه قولان واعلم ان الماوردي قال هنا انا اذا جوزنا
القضا بالعلم كان نفوذه معتبرا بشرطين احدهما ان يقول للمنكر قد علمت
ان له عليك ما ادعاه والثاني ان يقول وحكمت عليك بعلمي فان اقتصر
على احد الشرطين او اغفل الاخر لم ينفذ حكمه قال وان سكت المدعا عليه ولم
يقر ولم ينكر اي ولا صمم به ولا خرس قال له الحاكم ان اجبت والا جعلتك
ناكلا تنبيها له على الحكم قال ويستحب ان يكرر ذلك عليه ثلاثا اي ويعرفه ان
حكم النكول استيفا الحق بيمين المدعي لاحتمال ان يكون غفل حقه دهش
او لا يعرف حكم النكول قال فان اجاب والا جعله ناكلا اي بان يقول قضيت
عليك بالنكول او يقول للمدعي حينئذ احلف فحلف قضي له قال في المهذب لانه لا
يخلو اذا اجاب من ان يقر او ينكل فان اقر فقد قضي عليه بما يجب على المقر وان
انكر فقد وصل الى تاره بالنكول فقضينا عليه بما يجب على المنكر اذا نكل
عن اليمين وقد يقال فيما يتم به النكول عن اليمين كلام هو بعينه جار هنا
فيما فهمته من كلامهم وقد اشار اليه الماوردي حيث قال من امتنع
عن الاقرار والانكار وقد يقول لا اقر ولا انكر او يسكت ولا يجيب
فيجري عليه حكم الناكل وقال الامام في باب الامتناع من اليمين انه اذا
سكت ولم يجب المدعي قال له اجب فلست تترك او اقم فان تمادى على
سكوته جعل ذلك انكارا في حكم عرض اليمين بعرض اليمين ويجعل التمادي

على السكوت نكولا عن اليمين اذا لم يظهر عنده سبب مسكت وهذا
معنى قول الغزالي اما السكوت فهو قريب من الانكار اما الاصم والاخرس
اذا كانت له اشارة مفهمة فهو كالناطق وان لم يكن فقال في الحاوي
فهو كالغايب فيجري عليه حكم الغايب ولا يجوز القضا بالنكول عندنا من غير
يمين المدعي الا في مسايل نذكرها ان شا الله تعالى في باب اليمين في الدعاوي
على كلام فيها **قال** وان قال لي حساب اريد ان انظر فيه لم يلزم المدعي انظاره
لان فيه تاخير الحق وهذا ما حكاه الامام هنا وفي كتاب الاقرار ولم يحك
سواه وهو مقتضى ما حكيناه عن المهذب وغيره من امهاله في اليمين ثلاثة ايام
بعد انكاره الحق ان يمهل هنا ذلك ايضا وذكر القاضي ابو سعد انه يمهله
الى اخر المجلس ان شا **قال** وان قال برئت اليه مما يدعي او قضيته فقد اقر
بالحق لان البراه اليه والقضا فرع ثبوت الحق فكان دعوى ذلك اقرارا به ولا
يقبل قوله في البراه والقضا الا ببينة لان اسقاط حق غيره عنه بقوله غير جايز
وما حكاه الشيخ في قوله برئت اليه منه هو ما اورده السديجي وادعى الامام
في الاشراف انه الذي ذكره عامة اصحابنا وفي البحر انه اذا قال برئت اليه من هذا
المال قال ابن ابي احمد ان مذهب الشافعي انه يسال عنه فان قال قضيت
كان اقرارا وحلف المدعي بالله تعالى ما اقتضاه وان قال برئت اليه بان حلفت له
او اقمت بينة على اقراره فالقول قول المدعا عليه مع يمينه ولم يجعل قوله
برئت اليه من هذا المال اقرارا بالمال وفي الاشراف ان صاحب التلخيص
وهو ابن ابي احمد قال ان مذهب الشافعي ان هذا ليس باقرار الا ان ينوي به
وهذا الخلاف في قوله ابراني من هذا المال فانه اقرار به على الاصح كما قدمت
حكايته في كتاب الصلح من هذا الشرح قال القاضي الطبري كما حكاه في
البحر ويمكن ان يفرق فان قوله ابراني يقتضي ثبوت المال قبل ابرايه لان
ما ابراه منه وابرايه هو المال الثابت واما قوله برئت اليه او عدي

براه

براه من هذا المال يحتمل ان يكون قد حلف على انكاره او غير ذلك فيرجع في
تفسيره اليه وفي الاشراف ما يقتضي ان قوله برئت اليه مرادف لقوله
قضيته فانه قال لو شهد شاهدان ان رب الدين استوفى منه الدين وشهد
شاهدان ان الغريم برئ اليه منه اي برئ من الدين الي فان له الدين ان المصنف
فالجمع بين الشهادتين لانه اضاف البراه الى الغريم وذلك عبارة عن
فعل الايفا والاقباض الا ترى انه لو قال رب الدين برئ الغريم منه
الي كان اقرارا بالقبض وحينئذ فيكون كلام الشيخ منطبقا على هذا
لكن الظاهر من كلام الشيخ ان قوله برئت اليه مما يدعي او قضيته
لفظان متباينان لا مترادفان وهذا اقرب وما حكاه الشيخ في
كل قول المدعى عليه قضيته هو ما حكاه ابن الصباغ والسديجي
في اواخر باب الدعوى على كتاب ابي حنيفة عن الشافعي ثم قال وهذا
فهو على اصح القولين اذا قال لفلان علي الف قضيتها فهل يقبل قوله في
القضا ام لا وهذا الذي قاله يدفع الفرق الذي يطلب بينهما والله اعلم
قال وان قال لي بينة قريبة بالقضا والابرا امهل ثلاثة ايام لان هذه
مدة قريبة لا يعظم الضرر فيها ومقيم البينة يحتاج الى مثلها لاستيناف
الشهود والفحص عن غيبتهم وحضورهم واستحضار الغايب منهم وعن
القاضي الحسين انه لا يمهل اكثر من يوم واحد لانه ينبغي ان يكون متمكنا و
وللمدعي ملازمته حتى يقيم البينة ان خفت ظهر ومعنى الملازمة ان لا يفارقه
فاذا اراد الدخول الى منزله دخل معه ان اذن له وان لم ياذن منعه من
الدخول هذا رايته منسوبا لحكاية الروياني في الروضة وللنسق تعليل
فرع من عليه دين في الظاهر لغايب ولم يطالبه وله حجة على الابرا
واراد ان يقيمها هل له ذلك قال في التتمة في كتاب اللعان في ضمن فرع اوله
اذا ثبت عليه الحد ولم يطالب به ما يقتضي الجزم بالسماع والذي

اورده الماوردي عند الكلام في كتاب قاض الى قاض عدم السماع
وطرده فيما اذا ادعى القبض او ادعى انه اشترى شقصا مشفوعا
واراد اقامة البينة على العفو عن الشفعة او ادعى انه اشترى
شيئا واراد اقامة البينة على اقباض الثمن او ادعت امراة ان زوجها
طلقها وانها ليست امنة ان يتعرض لها واراد اقامة البينة على
ذلك وهو انما لو ادعت ذلك والزوج حاضر ولم يخالطها وحكى وجهين
في السماع فيما اذا ادعت ذلك وكان الزوج غايبا واراد الخروج الى
البلد الذي فيه الزوج وقال القاضي الحسين في فتاويه الحيلة فيما اذا
اراد ان يقيم البينة على المراة قبل الدعوى ان ينصب مسخرا او يدعي على من
عليه الدين بان لي على فلان كذا وان لي في ذمته هذا كذا امره بتسليمه الى فيدعي
من عليه الدين الابرا منه ويقيم البينة عليه فان القاضي يسمعها ويكتب
له كتابا الى قاضي البلد الذي فيه رب الدين بسماع البينة او الحكم ان كان يحكم
حكم وان لم يكن له بينة حلف المدعي عند طلب المدعى عليه يمينه انه ما
برئ اليه منه ولا اقتضاه واستوفى اي القبض لان ما ادعاه محتمل واليمين
تعتمد الاحتمال وهذا الحكم فيما لو اقام بينة بالدين ولم يقض بها بعد
فادعى انه برئ اليه منه او قضاه قبل اقامة البينة او بعدها وطلب يمينه
عند الانكار لان الحق في هذه الحالة يصير الحكم به بالاقرار لا بالبينة لانها
تسقط بالاقرار قبل الحكم وهذه الصيغة قد قررنا انها تتضمن الاقرار
صرح به القاضي الحسين نعم لو كانت الدعوى بعد القضاء بالبينة نظر فان
كانت دعوى القبض قال القاضي الحسين فحق على القاضي ان لا يصغى الى قوله
لان القضاء بشهادة الشهود لزمه الحق وان كانت دعوى البراءة سمعت
سمعت لانه ليس في ذلك تكذيب الشهود لانهم يشهدون على الظاهر
قلت وقياس هذه العلة ان يسمع دعوى القبض ايضا ولو كان المدعى عليه

قال لي

عليه

فلو اجاب

فلو اجاب المدعي بدعوى البراءة من المال وقلنا بالصحيح انه يكون
مقرا به وكذبه المقر وطلب يمينه قال الشافعي يحلف بالله ان
هذا الحق ويسميه تسمية يصير بها معلوما لثابت عليه ما اقتضاه
ولا شيئا منه ولا اقتضاه مقتض بامره ولا بغير امره عن غيره ولا
ولا احال به ولا بشيء منه ولا ابراه منه ولا من شيء منه وزاد في الام ولا كان
منه ما يبرأ به من دينه ولا من شيء منه وعن [illegible] او ابلاف لمال
نقل دينه قال في المختصر والام وانه لثابت عليه الى ان حلف هذه
اليمين قال ابو اسحق المروزي هذا اذا ادعى البراءة مطلقا اي مثل ان قال
برئت من حقه فان ادعى البراءة بجهة معلومة اي مثل ان ادعى انه استوفى
حلف انه ما استوفى فقط قال في الشامل وقال اصحابنا الحلف ان يجمع
ذلك في تحليفه انه لم يبرأ من ذلك الحق بقول ولا بفعل ولو احلفه ما
برئت ذمته من ذلك ولا من شيء منه او ما برئت ذمته من ذلك الحق كفاه
وما ذكره الشافعي تاكيد وظاهر هذا اللفظ يقتضي الجزم بعدم ذكر
الجهات عند دعوى البراءة بجهة معينة وذكر خلاف في وجوبها عند
الاطلاق في دعوى البراءة وقد قال السنجي والماوردي انه لا خلاف عند
الاطلاق في دعوى البراءة انه لا يجب التعرض لقوله وان حقي لثابت عليه الى
ان حلف هذه اليمين وحكايه الخلاف فيما عدا ذلك قال الماوردي
والاكثرون على الاشتراط وحكى عن بعضهم جهة البراءة وحسن في ان
يمينه تكون مقصورة على النوع الذي ادعاه او مشتملة على غيره من
الانواع والاصح الاول وظاهر ما اطلقه الشافعي الثاني وعلى هذا
هل يكون واجبا او احتياطا فيه الوجهان المذكوران نعم ما ذكره [illegible]
من توقف الاستحقاق على الحلف هو نظير المشهور فيما اذا ادعى انه
ابرأ من الحق انه لا يستحق القبض ما لم يحلف على نفي البراءة والا فقد

بان

البراءة

حكى القاضي الحسين في مسألة دعوى البراءة ان الحق يستوفي او لا ثم يحلف
ان شاء المدعا عليه فان هذه دعوى جديدة وقال في الوسيط انه بعيد
وهو على بعده يطرد جريانه فيما اذا كتب الكتاب وعلى الاول قال الرافعي
ان هذا يخالف ما اذا قال المدعا عليه لوكيل المدعي قد ابراني موكلك
حيث يستوفي الحق منه ولا يؤخر الى حضور الموكل وحلفه لعظم الضرر في
التاخير وهنا التحليف متيسر في الحال ولو كان المدعي عينا
فقال المدعا عليه للمدعي قد بعتنيها مني او وهبتنيها فلا [illegible] واراد المدعا
عليه اقامة البينة على ذلك فعلى طريقة القاضي يدفع العين اليه ولم
للمدعي ثم يقال للمدعا عليه اثبت ما ادعيته واستردها وعن الصيدلاني
وغيره ان بينة الشراء لو كانت حاضرة لم تزل يده فان استحقاق
المدعي في الحال لا يتحقق نعم لو كانت غايبة فقال الا ... ابدي وامهلوني
ثلاثة ايام لاقيم بينة على الشراء قال الامام فلا يمهل بلا خلاف قال وان
اي حي
ادعى على ميت ولا وارث له معين او غايب او عن البلد الى مسافة
القصر ولو قيل له حاضر او صبي اي لا نايب له كما قد الامام او
مستتر في البلد وله بينة سمعها الحاكم للاجماع وحكم بها اما في الميت
والصبي فبالاتفاق من سار الخصم وهو ابو حنيفة وفي معناهما المجنون وهذا
الاخرس الذي لا يفهم اشارته كما ذكره في الاشراف واما في الغايب
والمستتر فلقوله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين
الناس بالحق وما شهدت به البينة على الغايب والمستتر حق موجب
الحكم به وان هند بنت عتبة زوجة ابي سفيان بن حرب اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي
الا ما اخذت من ماله سرا فهل علي في ذلك من حرج فقال خذي ما
وولدك
يكفيك ... بالمعروف وهذا قضا منه صلى الله عليه وسلم على غايب لان
ابا سفيان لم يحضر ولم ينكر فتوى لانه قال خذي ولو كان فتوى لقال لا
باس عليك

باس عليك نحوه وقد قام علمه صلى الله عليه وسلم بانها زوجته
مقام البينة ولان في الامتناع من القضا على الغايب والمستتر
اضاعة للحقوق التي ندب الحكام الى حفظها لانه لا يعجز الممتنع
عن الوفا عن الغيبة والتستر والشرع [illegible] من ذلك وايضا فالقياس
على الميت والصبي والمجنون والجامع تعذر الجواب من المدعا عليه وال
هذا اشار الشيخ بجمعه بين الصور الاربع في الحكم والحق القاضي الحسين
بحال الغيبة التي تسمع فيها الدعوى ما اذا احضر الخصم خصمه الى
المجلس ثم هرب قبل ان يسمع الحاكم البينة عليه او بعد ما سمعها
وقبل ان يحكم فانه يحكم عليه وادعى ان هذا لا خلاف فيه وحلف المدعي
اي قبل الحكم ان كان هو المستحق لانه المنقول عن الاصحاب والاعتذار
عن الشيخ انه اراد ولا تقضي الا بيمين على الصحيح وانه لم يبرا اليه منه
ولا من شي منه احتياطا للمحكوم عليه لاحتمال عجزه عن الجواب فانه لو
كان قادرا عليه فربما كان قد ادعى ما يبريه ودعواه مسموعة لانها لا
تنافي ما شهدت به البينة ... واما ذكره الشيخ امور احدها حكى
الخراساني وجها ان المتواري والمتعزز لا يجعل كالغايب في سماع
الدعوى عليه كان منع المهم والتمكن يلحق بالافلاس على وجه وهذا
معزي الى القاضي الحسين ورايته في تعليقه وشك في عهد الكلام في
المستعد ... يتعلق به الثاني اذا سمعنا البينة على المستتر
وجوزنا القضا عليه فعن الحاوي عند الكلام في الاستعدا انه لا يحلف
المدعي لان الخصم قادر على الحضور وهذا ما حكاه الرافعي عن الحد
الثالث كما حكاه الاشراف وعن ان ابا حنيفة قال لا يقضي على
الغايب وان جوزنا سماع البينة لاجل نقلها الى قاضي اخر الا اذا
اتصل بحق حاضر وان ابا سعد قال هذا قول الشافعي لانه علق القول

في ذلك وفي النهاية ان صاحب التقريب حكى في موضع من كتابه قولا
عن نص الشافعي في منع القضا على الغايب ورواه حرملة عنه فان
كان هذا القول مطلقا فقد حصل في القضا على الغايب ثلاثة اقوال
واصحها ما في الكتاب وعلى هذا فهل اليمين التي تشرع في ذلك وما
ذكر معه كما سنصفها واجبة حتى تكون شرطا في القضا ام مستحبة المشهور
انها واجبة في الصور كلها وفي الاشراف حكاية رواية ثابتة ادعى في
موضع اخر منه انها قول عن نص ان اليمين لا تجب فيما ذكرناه بل
تستحب ان دعوى الابرا او الادا ان كانت فهي دعوى جديدة لا تفوت
والامام حكى عن رواية القاضي الوجهين عن الاصحاب في ان اليمين التي
سنصفها عن روايته وعن رواية القاضي الحسين من بعد في حق الغايب وقال
ان الاول هو الاصح وهو الذي قال القاضي الحسين في تعليقه انه الاظهر وان
الوجهين يقربان من ان التغليظ بالزمان والمكان هل يكون واجبا او
مستحبا وفيه وجهان ووجه التقريب ان الزمان والمكان تاكيد
لليمين واليمين في مسئلتنا تاكيد للبينة وقال الرافعي في باب الدعاوى
والبينات انه يمكن بنا الوجهين على الوجهين في ان دعوى المدعا عليه بعد
الحكم عليه الابرا عن الدين او قبضه منه او هبة العين المدعا بها قبل
شهادة الشهود بذلك هل تسمع كما تسمع قبل حكم الحاكم عليه فان
قلنا تسمع بعد الحكم فالتحليف مستحب وان قلنا لا تسمع كما هو الاصح
في التهذيب فواجب كيلا يفوت بالحكم عليه الدعوى وبالتحليف ان لا
يجعل الغيبة عذرا مانعا من الفوات قلت ولو صح هذا البنا للزم
اذا حكم الحاكم بعد الاستحلاف وقدم الغايب وبلغ الصبي ان لا يكون
على حجته وقد اتفقوا على انه على حجته ثم قال الامام وقد قال الائمة من
ادعى على صبي او مجنون او ميت ولا نايب لهم واذا اقام البينة فلا بد من

مكان قول

التحليف

التحليف كما ذكرناه في القضا على الغايب والذي اراه ان التردد
الذي ذكره القاضي في ان اليمين احتياط ام وجوب لا يجري في
هذه المسايل فانا نتوقع من المدعى عليه اذا انتهى اليه كتاب القاضي
الى موضعه ان يدعي بنفسه وهذا لا يتحقق في الصبي والمجنون
والميت وحكم نفوذ القضا ايضا لا يحول مستحقه وعلى هذا جرى في
الوسيط وحينئذ فيحصل في المسايل طريقان في ايجاب التحليف واستحبابه
احدهما حكاية الخلاف في الجميع وهي المذكورة في تعليق القاضي الحسين
والاصح منه وبه جزم الماوردي والبندنيجي وغيرهما الوجوب والثانية حكاية
الخلاف في حق الغايب وفي معناه المستتر والقطع بالوجوب فيمن عداهما
واعلم ان فيما ذكره الشيخ من جهة التحليف نظرا لما قدمنا في معنى قوله
ثبت له ما يدعي وجهين احدهما انه يعني قضيته وعلى هذا لا ينبغي
ان يجزم بذلك لانه لا يلزم من ثبوته ما قضاه ان يكون في حاله لان اسباب
الاسقاط اعم من ذلك فلا احتياط اذا والثاني انه يحتمل القضا ويحتمل
التحليف على عدم الاستحقاق ويحتمل اقامة البينة على اقرار المدعي كما حكيناه
عن ابن القاص وعلى هذا ايضا لا ينفع الاحتياط بالاقتصار عليه لكن قد
حكى ابن ابي الدم عن تعليق القاضي ابي الطيب ان الحي اذا ادعى البراءة
مطلقا فيمكن حصر الالفاظ التي ذكرها الشافعي بقوله والله ما بري الي من
الحق الذي ولا من شي منه بقول ولا فعل واذا كان هذا كافيا في حق الحي
فكذلك في حق الميت والذي قاله البندنيجي انه يحلف في حق الغايب والهارب
عن مجلس الحكم ان حقه الذي شهد له الشاهدان به ثابت عليه الى
وقتنا هذا او كلمة والله اعلم ان هذا التحليف على الشمار لثبوت الحق
لا لثبوت اصل الحق لان اصل الحق قد قامت عليه البينة والتحليف
مع قيام البينة على اصل الحق لا يسوغ عندنا لان فيه قدحا في البينة

والذي قاله الماوردي عند الكلام في كتاب القاضي انه يحلف
في حق الغائب والصبي والميت والمجنون ع الصبي بالله ما قبض الحق
ولا شيئا منه ولا ابراه ولا من شيء منه ولا ابرى الله منه ولا من شيء منه وان
حقه لثابت عليه واقل ما يجزي به ان يحلفه ان حقه هو الثابت عليه
وابلغ من ذلك ما حكاه الامام والقاضي الحسين انه يستظهر في تحليفه
بالاحتياط التام فيحلفه ما ابرأه من حقه ولا عن شيء منه ولا اذن بامره ولا
اعتاض عنه ولا عن شيء منه ولا احتال بامره ولا احال به ولا بشيء منه ولا احد
بامره وانه يلزمه تسليمه الى الان وان شهوده شهدوا له بالحق وقد
حكى الغزالي التعرض لتصديق الشهود وجها اشعر ايراده بضعفه وهو
فيه متبع للامام فانه قال والتعرض لتصديق الشهود فيه بعد عندنا ثم
قد يتجه ذلك على مذهب اذا كان يحلف مع الشاهد الواحد لان الشاهد
الواحد ليس بينة والبينة في مسئلتنا كاملة وهذا من الامام مشعر بجواز
القضاء على الغائب ومن في معناه بالشاهد واليمين وقد صرح به البغوي
والرافعي وغيرهما لكنهم قالوا هل يكفي يمين واحدة ام لا بد من يمينين يمين
لتكملة البينة ويمين الحكم فيه وجهان اشبههما الثاني وهو الذي اختاره
ابن ابي الدم لان الثبوت قبل الحكم والثبوت يتوقف على اليمين اولا وكلام
الامام يقتضي الميل الى الاول فتامله وقد قال ابن ابي الدم ان الشيخ ابا علي
قال انه الاصح وان الغزالي اجاب به في الفتاوي ثم قال الامام وقد يعرض في
التحليف على الوجه الاصح يعني ان التحليف واجب الاكتفاء بتحليفه على انه
يستحق الحق الان من غير بسط في ذكر الجهات قلت وهذا الاحتمال هو
ما حكيناه عن ابي اسحق والماوردي وهو المذكور في المهذب وبه يحصل في
ايجاب البسط على الجواز تردد وعدمه خلاف ويشبه ان يكون ما ذكره
ماخوذه من الخلاف الذي حكيناه عن ابي اسحق وغيره في المسئلة السابقة عند

دعوى

دعوى الحق البراءة مطلقا لانا نقدر ان الغائب ومن في معناه
لو كان حاضرا فربما ادعى البراءة مطلقا وعلى قول عدم ايجاب
البسط سواء الاشارة اليه ابن ابي الدم وهو ان الحق اذا قامت عليه
بينة بحق وطلب يمين المدعي على الاستحقاق لا يجاب الى ذلك بل لكان
ينبغي ان يكون حلفه قائم مقامه واشار الى الجواب عنه فيما اذا كان الشهود
قد شهدوا على الاقرار بالحق بان الحق لو ادعى ان شهادتهم عليه حق لانه
اقر بناء على الصك على العادة على انه يقبضه فان في تحليف المدعي
خلاف والاصح التحليف فعلى هذا وجب على القاضي التعرض لذلك والله اعلم
اما اذا كان للميت وارث معين فالتحليف موقوف على طلبه صرح به
المصنف والبغوي وغيرهما ولو كانت الغيبة الى مسافة قريبة ففي التهذيب
ان الصحيح من المذهب انه لا يجوز القضاء عليه وسماع الدعوى من غير احضاره
وعلى هذا ففي حد القرب وجهان احدهما ما دون مسافة القصر والثاني
مسافة العدوى ومن اصحابنا من قال يجوز القضاء عليه وسماع الدعوى
من غير احضاره وهذا ما حكاه في البيان عن العراقيين حيث قال ولم يشترط
العراقيون حال الغيبة وانما اشترطوا خروجه عن البلد لا غير وعليه
ينطبق ما استخرجه من اطلاق الماوردي عند الاستعداء ولو كان للغائب
وكيل لم يحتج المدعي الى ضم اليمين الى البينة وكان القضاء مجمعا عليه وفي
الرافعي ان كلام ابي العباس الروياني جواب في ان اليمين مع حضور الوكيل
تتوقف على طلب الوكيل ولا تتوقف وانهما جاريان في المتمرد اذا كان له
وكيل لكن المشهور الاول وقد بنى الاصحاب عليه ان شخصا لو قال لشخص
انت وكيل فلان الغائب ولي عليه كذا فادعي عليك واقيم البينة في وجهك
فان علم انه وكيل وصدقه واراد ان لا يخاصمه فليعزل نفسه وان لم يعلم
ينبغي ان يقول لا اعلم اني وكيل ولا يقول لست بوكيل فيكون مكذبا للبينة

عينها تقوم على الوكالة وهذا بنا على انه لو صدقه كان له المخاصمة
وقد حكيت في كتاب الوكالة فيه خلافا فليطلب منه وهل للمدعي اقامة
البينة على وكالته عند الانكار ليحصل له ما ذكرناه من الفائدة فيه
وجهان ظاهر كلام ابي عاصم العبادي نعم قال الرافعي والاظهر المنع
لان الوكالة حقه فكيف يقام البينة عليها قبل دعواه ولو كان المدعي
وكيلا وموكله حاضر فهو كالغائب ولو كان غايبا ايضا ففي الوسيط وغيره
انه لا بد من غير يمين لان الوكيل لا يمكن تحليفه واتفاق الحكم على حضور
الموكل وحلفه فيه اضرار وهذا قياس قول القفال في المسالة المشهورة وهي
ان مستحق الحق لو وكل وكيلا في موضع الخصم الغائب وادعى الوكالة فقال
المدعا عليه ان موكلك ابراني او استوفى فلا يكلف الخصم تسليم ما اثبت البينة
عليه ما لم يحلف موكلك فيتوقف فيها فقها الفريقين بمرو واستدرك عليهم
الشيخ القفال فقال يقضى على المدعى بموجب البينة ثم ان كان له دعوى فيسمع
في وجهه فها على الموكل لانا لو سلكنا هذا المسلك لانقطعت الوسائل والذرائع
الى استيفاء الحقوق بطريق التوكيل قال الرافعي وقد يجيب من يخلف الشيخ
ابي حامد بمثل هذا الجواب في باب الوكالة قلت وهو دليل ان يحلف القاضي
ابي الطيب والشامل نعم لو قال المدعا عليه للوكيل انت تعلم ان موكلك
ابراني فاحلف على ذلك فعن الشيخ ابي حامد انه يحلف على نفي العلم ومن الاصحاب
من خالفه ولا يحلف الوكيل قال الرافعي ولا ان يقول مقتضى ما ذكره الشيخ
ان يحلف القاضي وكيل المدعي على الغائب على نفي العلم بالابرا وسائر
الاسباب المسقطة نيابة عن المدعا عليه كما ناب عنه في تحليف من يدعي
لنفسه ولو كان للمدعي له صغير على صغير فهل يحلفه في الحال ام يتوقف
الى البلوغ والحلف قال القاضي الحسين يحتمل وجهين بنا على ان اليمين في حق
البالغ واجبة ام مستحبة وحكاهما الرافعي وحكي تلوهما ان قيم الطفل لو

ادعي

ادعى دينا للصبي فقال المدعا عليه انه اتلف على من جنس ما يدعيه
ما هو قصاص لدينه لم يسمعه بل عليه قضا دينه الذي اثبته القيم فاذا
بلغ الصبي حلفه واعلم ان شرط الدعوى على الغائب المسموع عليها نص
الاصحاب ان يقول لي على فلان الغائب كذا او يذكر ما هو معتبر في الدعوى
على الحاضر ويقول هو منكر الحق ولي بينة فانه اذا لم يكن له بينة لم يفد
دعواه شيا ولو قال انه مقر لكني لم يسمع لان البينة لا تقام على مقر وان
سكت عن ذكر الاقرار والانكار فهل يسمع فيه وجهان ميل الامام الى
السماع لانه ان كان يدعي جحوده في الحال فهو محال وكيف يدعي جحود
من لا يعلم حاله وان كان يدعي جحوده لما كان حاضرا او قد مضى فالبينة
في الحال لا ترتبط بجحود ماض واراد الغزالي الميل الى ترجيح المنع وهو
ما ادعى الامام ميل الاصحاب اليه وان الذي ارادوه بدعوى الجحود
هو الجحود السابق والتاثير على اصراره عليه فان الظاهر ما لم يثبت نقيضه
ونحوه مقام دعوى الجحود بالاتفاق فما اذا اشترى عينا وقد اقر الثمن
على البائع ثم استحقت العين المبيعة واحتيج الى ان للمشتري ان يقيم البينة
على الغائب بقبض الثمن واحتاج الى دعوى الجحود وان اقدامه على بيعها
لا يملكه كاف في معنى الجحود قال الامام وهذا مما لا مرا فيه قال
الرافعي ورايت فيما جمع من فتاوى القفال ان هذا كله فيما اذا اراد اقامة
البينة على ما يدعيه ليكتب القاضي به الى حاكم بلد الغائب فاما اذا كان
للغائب مال واراد اقامة البينة على دينه ليوفيه القاضي فان القاضي
يسمع بينته ويوفيه سوا قال هو مقر او جاحد قال الاذرعي اي هو مقر
او جاحد وهل على القاضي ان ينصب لسماع الدعوى على الغائب مسخرا
ينكر عن الغائب فيه وجهان اصحهما لا وهو المختار فان قال ابن ابي الدم
لتكون البينة على الانكار واصحهما في المذهب وعند الشيخ ابي علي كا نقله

ابن ابي الدم لا لان الغايب قد يكون معذرا فيكون انكار المستحق هدرا
قال الرافعي وقضيه هذا التوجيه ان يقال لا يجوز نصب المسخر
لكن الذي ذكره ابو الحسن العبادي وصاحب الاشراف وغيرهما ان
القاضي مخير ان شا نصب عنه مسخرا وان شا لم ينصب قال فاذا قدم
الغايب وبلغ الصبي فهو على حجته اي من القدح في البينه او المعارضه
ببينه يقيمها على الابراء او القضا او الحواله ونحو ذلك لدفع الظلم عن
نفسه قال الاصحاب واذا كان يجهل ذلك عرفه الحاكم به وان كان يعرفه
فهو مخير ان شا عرفه وان شا سكت هذا ظاهر كلام الشيخ يقضي ان الغايب
على حجته وان لم يشترط الحاكم ذلك في الحكم وقد قال الماوردي انه يشترط
القاضي في حكمه على الغايب انه قد جعله على حق وحجه ان كانت له لان
لا يقتضي الاطلاق حمله عليه ابطال حجته وتصرفه والمعتبر في بينه الجرح
ان يشهد بجرح بينه المدعي حال الحكم او قبله كما صرح به الامام وان
كان في نقض الحكم او كان المحكوم عليه حاضرا عند اقامه البينه بالجرح
قولان لتقصيره بخلاف الغايب والصبي ولا يكفي في البينه ان يطلق الشهاده
بالجرح لانه يجوز ان يكون حادثا بعد الحكم والجرح بعد الحكم لا يوثر على
الصحيح وهذا بخلاف ما اذا حضر الغايب او بلغ الصبي قبل الحكم واقام
عنه بالجرح فانها تسمع مطلقا كما صرح به الشيخ قال واذا ادعى
على ظاهر في البلد غايب عن المجلس فقد قيل تسمع البينه عليه ويحكم لانه
غايب عن مجلس الحكم فكان كالغايب عن البلد ومحل هذا الخلاف كما سبق
وقيل لا تسمع لانه يمكن سواله من غير مشقه فاشبه الحاضر لمجلس الحكم
وهذا هو الاصح في اكثر الكتب وبه قطع بعضهم وهو المذهب في المهذب
والشامل وبحكي الشيخ وعلله بان على المدعى عليه في ذلك ضرر فانه
لا يمكنه جرح الشهود مطلقا بعد حصول الحكم وفي الوسيط حكايه وجه

ثالث انه

وجه ثالث انه يجوز ان يسمع البينه ولا يقضي الا بحضوره فلعله
يجد مطعنا او دفعا بخلاف الغايب فان انتظاره يطول وحكى وجها
في سماع البينه والخصم في المجلس دون مراجعته لانه قادر على الدفع
والكلام فليتكلم ان اراد وهذا اما استند في الاشراف للمزني وقد ذكر
عن الروياني في هذا الباب من قبل ان ما يتعلق بالحجر فيه فلطلب منه

فرع اذا ثبت على الغايب دين وله مال حاضر فعلى القاضي توفيه الدين منه
اذا طلبه المدعي واذا وفي فهل يطالب المدعي بكفيل فيه وجهان اصحهما لا لان
الحكم قد تم في الحال والاصل عدم الدافع والثاني ويحكى عن الاسفرايني نعم لان
الغايب قد يكون له مدفع اذا حضر فيحتاط له وهذا الوجه جار فيما اذا
حكم الحاضر على غايب بعين حاضره قال ومن استعدى الحاكم على خصم في
البلد احضره سوا عرف بينهما معامله او لا لان في الاعراض عن ذلك
ابطال الحقوق وقد يكون الحق بوجه من غير معامله بسبب اتلاف او
ارث ونحو ذلك وفي تعليق الشيخ ان ابا العباس يعني ابن سريج كما صرح به
غيره قال اذا كان المستعدى عليه من اهل الصيانات والمروات لم يحضره
مجلس الحكم ولكنه يستدعيه الى بيته ليقضي بينه وبين خصمه وفي الزوايد
ان في العده ان المستعدى عليه اذا كان بالصفه المذكوره ويتوهم ان
المستعدي يقصد ابتذاله واذاه بذلك لا يستحضره مجلس الحكم
لكن يبعث اليه من يسمع عليه ويحلفه ان وجبت عليه اليمين لانه لما
عليه من المروه والصيانه يجري مجرى المخدره والمشهور الاول لم
الاحضار المذكور متوجه على الحاكم على وجه الوجوب كما صرح به المصنف
وصاحب الكافي وغيرهما واذا كان كذلك وجب على المطلوب اجابته ايضا
لكن قال الامام اجابه الحضور عليه لاجل اجابه القاضي حتى
لو لم يطلبه وطلبه الخصم لم يجب الحضور بل الواجب ان كان عليه حق

وفاه وفي المهذب والحاوي انه اذا كان بين شخصين حكومة فدعى
احدهما صاحبه الى مجلس الحكم وجب عليه الاجابة لقوله تعالى انما
كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله الاية ثم رايت في الحاوي في اثنا
كتاب القاضي الى القاضي ان المطلوب ان خرج الى الطالب من حقه والا
لزمه المصير مع الطالب للقاضي ان كان على مسافة العدوى من يوم وليلة
وان كان على اكثر منها لم يلزمه الحضور الا بالاستحضار وكيفية الاحضار
ان يختم القاضي للطالب في طين طرف بخاتمه المعد لذلك وهو كما قال القاضي
ابو الطيب حديدة مكتوب على راسها اجب القاضي فيحمل ذلك الطين الى خصمه
ويريه اياه ان كانت العادة جارية بذلك او يرسل معه عونا ليحضره واجرة
العون على المستعدي ان لم يكن له رزق من بيت المال قاله في الاشراف وغيره
قال الماوردي وله ان يجمع بين ارسال العون وبعث الطين المختوم معه فان
امتنع اي من غير عذر وقد وقف على ختم القاضي خاصه كما قاله الماوردي
اشهد عليه اي الخصم شاهدين انه ممتنع ثم يثقلهما اي امر القاضي
لاجل ثبوت امتناعه الشاهدين الى صاحب الشرطة ليحضره توصلا الى
تخليص الحق وقد حكى في بعض الفاظ الشافعي انه يشهد بين يدي صاحب الحرب
وفي بعض نوالي الاحداث والالفاظ مترادفه وكانما لغي خلف بركبة الشاهدين
بالامتناع قال الشافعي رضي الله عنه ويبالغ في عقوبته ويخفف السوال كذا نقله
ابن الصباغ عن رواية ابن القاص اما اذا كان امتناعه بعد ارسال العون
اليه واخبر العون القاضي بذلك قبل قوله من غير بينة هذا ما قاله الماوردي
وهو الذي اورده في الحلية وفي تعليق الشيخ ابي حامد انه عند الاستعدا
يبعث معه الختم من الطين فان حضر والا بعث اليه بعض اعوانه فان حضر
والا بعث شاهدين يشهدان على امتناعه فان حضر والا استعان
بالسلطان على احضاره والاجرة في هذه الحالة على المطلوب لانه متعد

اعلى

على شهادة

بالامتناع

بالامتناع عن الحضور كاجرة الحد تجب على المحدود وهذا اجرة الحبس
على المحبوس قاله في الاشراف والرافعي عن الجرجانيات وجه انها
على الطالب ايضا ولو كان الامتناع بسبب مرض يسوغ لمثله شهادة
الفرع على شاهد الاصل اذا كان به فهو معذور فيبعث القاضي اليه
من يحكم بينه وبين خصمه او يوكل واذا توجهت عليه يمين انفذ اليه من
يحلفه ثم اذا احضر الممتنع لغير عذر نظر الحاكم في تعزيره فان شاء عفا
عنه وان شاء عزره بالكلام او بتشويش العمامة او الحبس او الضرب
على حسب اجتهاده **فرع** لو بعث الحاكم اليه فاختفى قال في الحاوي
فيبعث من ينادي على بابه ثلاثة ايام ان لم يحضر فلان سمر بابه وختم ويخبر
جيرانه بذلك فان لم يحضر سمر باب داره اذا عرفت وختم عليه فان
لم يحضر بعد التسمير والختم فالقاضي يوكل عنه وكيلا فيدعي عليه
المدعي وفي الشامل والذخائر ان ابن القاص حكى ذلك عن الشافعي لكنه
قال انه يفعل ذلك بعد ان يبعث من ينادي على بابه بحضرة شاهدي
عدل انه ان لم يحضر مع خصمه فلان وكل عليه قال وحسن ان
يعذر اليه بذلك ثلاثا فان لم يحضر اقام عنه وكيلا ولو اخبر القاضي
انه في دار فلان انفذ الخصيان والغلمان الذين لم يبلغوا الحلم والثقات
من النساء وبعث معهم عدلين من الرجال فاذا دخلوا في تلك الدار وقف
الرجال في الصحن واخذ الخصيان في تفتيش الدار والنساء في تفتيش
النساء قال الجيلي وينبغي ان يفعل التفتيش والهجوم عليه اولا ان عرف له
مكان واذا تعذر احضاره بعد هذا كله قال في الحاوي فقد اختلف
اصحابنا هل يكون الامتناع من الحضور كالنكول منه وجهان احدهما
لا والثاني نعم وهو الاشبه ان يجعل كالنكول بعد النداء على بابه ليبلغ
الدعوي واعلامه بانه يحكم عليه بالنكول فعلى هذا يسمع القاضي الدعوي

محروه ثم بعد النداء على بابه ثانية بانه يحكم عليه بالنكول
فاذا امتنع من الحضور بعد النداء الثاني حكم بنكوله ورد اليمين على
المدعي وحكم له بالدعوى اذا احلف قال وان استعدى على غايب
عن البلد في موضع لا حاكم فيه اي وهو من جملة ولايته بعث الى رجل
من اهل الستر والصلاحية للقضاء في ذلك ليتوسط بينهما لان ذلك
اسهل عليهما قال فان لم يكن احد لم يحضره حتى يحقق المدعي دعواه لجواز
ان يكون ما يدعيه ليس بحق عنده كشفعة الجوار وثمن الكلب فيجشمه
الحضور بغير فايدة وهذا بخلاف الحاضر حيث لا يستفسره عما يدعيه
عليه وان كان الاولى الاستفسار لانه لا مشقة في الحضور من البلد قال
في الاشراف ولا يستقصى في تحقيق الدعوى بل يخفف قال فاذا حقق دعواه
احضره اي سواء كان الموضع قريبا او بعيدا كما قاله القاضي ابو الطيب
وصاحب الكافي وغيرهما لئلا يتخذ المسافة طريقا الى ابطال الحقوق وله
ان لا يحضره ويبعث من يحكم بينهما كما قاله ابو الطيب واعتبر الامام
وصاحب العدة في احضاره من فوق مسافة العدوى فما فوقها وان
زادت على مسافة القصر في هذه الحالة ان يقوم البينة عند القاضي بالمدعا
وبعث وقال الامام فيما اذا كان في مسافة العدوى فما دونها ان الاعدا
لا يتوقف على قيام الحجة وان هذا متفق عليه ذكره العراقيون وعندهم
والمذكور في الكافي في مسافة القصر فما دونها الاكتفا بتحقيق الدعوى وورا
ما ذكرناه في مسالة الكتاب وجهان اصحهما انه لا يحضره من مسافة القصر
ويحضره فيما دونها لانه لما كانت مسافة القصر شرطا في استماع ولاية
الغايب والتماس الحاكم دل على اعتباره في احضار الخصم والثاني حكاه في
التهذيب والاشراف انه يحضره من مسافة العدوى ولا يحضره فما فوقها
قال الرافعي وهو الاظهر عند الامام والذي اورده العراقيون الاول وقال

الماوردي

الماوردي انه الذي ذهب اليه الاكثرون والظاهر من مذهب الشافعي
وقد يستدل له بان عمر استدعى المغيرة بن شعبة في القصة المشهورة من
البصرة الى المدينة واذا كان هذا في حد الله تعالى ففي حقوق الادمي اولى
اما اذا كان في الموضع الذي فيه الغايب نايب للحاكم لم يحضره بل يسمع
البينة ويكتب اليه عن حكاية ابي العباس الروياني وجماعة بلا م احابته اذا
طلبه الخصم قال الرافعي وهذا قضيته ايراد صاحب التهذيب فيما اذا كان
المطلوب على مسافة العدوى ومن اجابه في العدة وهذا الوجه يجري من طريق
الاولى فيما اذا المطلوب في البلد حاكم وكان فيها من يصلح او يرد وعن امالي
ابي الفرج السرخسي ان القاضي يتخير بين ان يحضره المطلوب وبين ان يسمع
البينة ويكتب الى نايبه ولو كان المستعدى عليه في غير محل ولاية القاضي
لم يحضره قال في الحاوي وجاز له ان يسمع الدعوى والبينة عليه ليكاتب
قاضي البلد الذي فيه المطلوب وله في المكاتبة حالتان احداهما ان يكاتبه
بسماع البينة والثانية ان يحكم بالبينة بعد سماعها وهذا منه دليل على
انه لا فرق في الحكم على الغايب عنه بين ان يكون في مسافة القصر او دونها
كما ذكرناه من قبل قال وان استعدى على امراة غير برزة لم يكلف الحضور بل
يوكل صرفا للمشقة عنها فان ضرر ابطال التخدر اعظم من ضرر المرض ولو كان
الشخص مريضا لم يكلف الحضور فهذا اولى قال فان وجب عليها اليمين انفذ
اليها من يحلفها لقوله صلى الله عليه وسلم واغد يا انيس على امراة هذا فان
اعترفت فارجمها فغدا اليها ولم يكلفها الحضور لانها كانت غير برزة كما
نقله اصحابنا والقاضي ابو الطيب وابن الصباغ وجماعة استدلوا بهذا
الخبر على انها اذا كانت غير برزة بعث اليها من يحكم بينهما ولم يتعرضوا
للتوكيل ولا شك في جواز الاحتجاج عند الجمهور لكن الذي حكاه القاضي حسين
عن النص ما اورده الشيخ وقال ان صاحب التقريب قال به وحكى

عن القفال انه قال تحضر مجلس الحكم ان البرزه وعلى هذا قال الرافعي لو رام
القاضي ان يبعث من يحكم بينهما في دارها فللخصم الامتناع من الدخول اليها
وطلب احضارها وعلى قول الجمهور اذا احضر الحاكم الى دارها ولم تكن
بينها وبين الحاكم محرمية جلست خلف ستر فان اعترف الخصم بانها
خصمه حكم بينهما وان انكر ذلك فان شهد شاهدان بانها خصمه حكم
بينهما ايضا والا كلفها ان تخرج من وراء الستر متلفعة كذا قاله القاضي
ابو الطيب وابن الصباغ وغيرهما اما البرزه فقد قال القاضي ابو الطيب
وصاحب الكافي وغيرهما ان حكمها حكم الرجل في جميع ما ذكرناه وفي الرافعي ان
الاستعدا اذا كان على امراه خارجه عن البلد هل تحضرها وهي عوره وهل
يشترط ان يكون الطريق امنا ومعها نسوه ثقات وهل على القاضي ان يبعث
اليها محرما لها لتحضر معه قال ابو العباس هل ذلك على وجهين لا صحابه
يبعث اليها محرما لها او نسوه ثقات قال في الجواهر من هي غير البرزه
التي يسميها بعضهم المخدره والماوردي الخفره المشهور وهو الذي حكيا
عن النص ايضا انها التي لا تخرج لحوائجها ولم يورد ابو الطيب وجماعه سواه وقال
الماوردي انها التي لا تخرج لحوائجها وان خرجت استخفت ولم تعرف والبرزه
التي تخرج لحوائجها ومآربها غير مستخفيه وحكى القاضي الحسين ان
اصحابنا قالوا غير البرزه هي التي لا تخرج لحوائجها وان كانت تخرج الى العزايا
والماتم والزيارات والبرزه التي تخرج لحوائجها قال وعندي ان المخدره
هي التي لا تخرج لحوائجها ولا الى الزيارات والعزايا الا نادرا فان اعتادتها
لم تكن مخدره وقال البندنيجي ان المخدره هي التي لا تخرج الى السوق لحوائجها
ولا الى الولايم ولا الى الحمام بالنهار وفي الشامل في باب موضع اليمين
انها التي لا تخالط الرجال ولا تحضر المواسم والاعراس وقيل هي التي لا تخرج
اصلا الا لضروره وهذا ما اختاره الامام وقال ابن ابي الدم والاول في ذلك رده
الى عرف الناس واتباع العادات **فرع** لو اختلفا في التخدر فهو كما في دعوى الفاحشة

ان عليها

ان عليها اقامه البينه على ذلك وانها تمهل حتى تقيم البينه وفي
الحاوي ينظر فان كانت من قوم الاغلب على نسايهم التخدر فالقول قولها
مع يمينها وان كان قومها الاغلب على نسايهم البروز فالقول قول الخصم
مع يمينه **اخر** اذا كانت المراه برزه ثم لازمت التخدر فمتى ذا يحصل لها
حكمه قال القاضي الحسين في فتاويه حكمها حكم الفاسق يتوب فلا بد ان يمضي
عليه سنه في قول وسته اشهر في قول **تنبيه** اطلاق الشيخ القول بانه
اذا وجب عليها اليمين ابعث اليها من يحلفها يقتضي انه لا فرق في ذلك بين ان
يكون المدعا به يوجب التغليظ في اليمين اولا وفيه وجه حكاه الشيخ ابو علي
والقاضي ابو الطيب وابن الصباغ وجزم به الماوردي لاجل صيانتها
واختار ابن ابي الدم واستدل له بان الاصحاب صرحوا بانه يسمع الشهاده
على شهادتها مع حضورها من غير مرض والخفره اتحدتها بالمرض والسفر
في ذلك ومقابل هذا الوجه ان التخدر لا يسقط التغليظ بالمكان الشريف الا
اذا كانت حايضا فتحلف على باب المسجد وهذا الذي صححه الشيخ ابو علي وحكاه
الامام عن العراقيين القطع به في باب موضع اليمين وهو الذي اورده
الغزالي في باب الدعاوي والبينات وقد حكى ذلك الرافعي عن الشيخ ابي حامد
واتباعه ورايته في تعليق البندنيجي **قال** واذا ادعى على غايب اي بشهاده
شاهدين او باقراره او نكوله ويمين المدعي والمحكوم به حق في ذمته او
قصاص في بدنه اذا جوزنا القضا على الغايب به كما هو الصحيح او عقار
في بلده **قال** فسال له المدعي ان يكتب الى قاضي البلد الذي فيه الخصم بما حكم به
ليستوفيه كتب اليه للاجماع كما حكاه ابن الصباغ وابن يونس والمعنى فيه ان بالناس
حاجه الى ذلك لان بينه الخصم ربما تكون في بلد وخصمه في اخر كما هو صوره
الغايب ولا يمكن حمل البينه الى بلد الخصم ولا حمل الخصم الى بلد البينه واذا
اخر ذلك سقط الحق فدعت الحاجه الى سماع البينه في بلد هو مكاتبه قاضي

بلد الخصم بذلك وهذه الكتابة كما قال ابن ابي الدم واجبة على
وجه ولا فرق في جواز الكتابة في هذه الحالة بين ان يكون بين البلدين
مسافة القصر او دونها حتى لو كان البلدان متجاورين جاز ذلك ايضا
بل لو كان لكل جانبي البلد حاكم والخصم في احد الجانبين كتب الى
حاكم قاضي الجانب الاخر بيان ما حكم به لو رفع وليس بعده الا الاستيفا
فوجب على كل احد تنفيذه وهذا الحال فيما لو ثبت عنده ولم يحكم حيث
فصلنا بين قرب المسافة وبعدها كما سياتي لان المسافة اذا قربت لم
يتعذر احضار الشهود عند القاضي الاخر قال الرافعي وقد حكي في
المستخرج من امالي ابي الفرج السرخسي عكس هذا وهو ان كتاب السماع يقبل
مع قرب المسافة وبعدها وكتاب الحكم لا يقبل الا اذا بعدت المسافة وهو
غلط من ناسخ او ناقل وليس وجها اخر وكذا لا فرق بين ان يكتب قاضي مصر
الى قاضي قرية او بالعكس او قاضي الاصل الى الفرع او بالعكس لان الحاجة
تدعو الى الجميع واحد من صورة الكتاب بسم الله الرحمن الرحيم
حضر الى اطال الله بقا القاضي فلان ويرفع في نسب المكتوب اليه في يوم كذا
من شهر كذا من سنة كذا مجلس حكمي في مدينة كذا التي وليتها من قبل فلان
ويذكر من ولاه من امام او قاضي ويرفع في نسبه فلان بن فلان الفلاني
ويرفع في نسبه الى ان يتميز عن غيره ويذكر حلاه وصفته وما يشتهر به
ان كان القاضي يعرفه بالنسب فان لم يعرفه كتب من ذكر انه فلان بن فلان
الفلاني وذكر الحلية هنا واجب قال القاضي ابو الطيب لانه ليس يعرف
عينه فالمعول على ذكر الحلية وادعى كذا ويذكر صفة الدعوى محررة
على فلان بن فلان ويرفع في نسبه بعد ثبوت غيبته عندي الغيبة الشرعية
المسموع معها سماع البينة عليه والحكم بها وشهد له بذلك في مجلس حكمي فلان
وفلان ويرفع في نسبهما بعد سؤال الخصم ذلك وقالا انهما عارفان بالمشهود

عليه

عليه بعينه واسمه ونسبه كذا ذكره الماوردي وقد عرفت
عدالتهما وحلفته على الحق وصفة اليمين وحكمت له على المدعى عليه بعد
السؤال او ابقيت المدعي على حجته وحقه ان كانت له وسألني المدعي ان
اكتب بذلك اليك لان خصمه يحضر بلدك فاجبته ليحمل خصمه على الحق اذا
ورد عليك كتابي صحيح الختم والمورد مما ثبت عندي وحكمت به وعنونت
باطنه بخطي وظاهره بختمي وهو كذا ووقعت في صدره وهو كذا وعلمت
على الاوصال وهي كذا سطرا او نصفها وكتب اسما شهود الكتاب وتاريخه
ولو كان قد حكم عليه باقراره قال الماوردي ذكر في كتابه انه اقر عندي كذا
طوعا في صحة منه وجواز امر فلو لم يذكر ذلك فهل يقوم حكمه عليه مقام ذكره
الطواعية والصحة وجواز الامر فيه وجهان ولو كان الحكم عليه بنكوله ويمين
الطالب ذكره القاضي شريح في كتابه كما قاله الماوردي لكن ذكر السبب
الذي اقتضى الحكم من هذه الاشيا الثلاثة اعني البينة والاقرار والنكول
مع اليمين هل يجب فيه وجهان في الحاوي فان قلنا بعدم الوجوب فله
ان يقول في كتابه ثبت عندي بما تثبت بمثله الحقوق وحكمت به وهذا ما
جزم به الامام حيث قال الاحتياط ان يفصل البينة القائمة في الخصومة
وانه ليس عليه ان يرفع اسماهم ويتشوف الى اعلامهم بل يكفيه ان يقول
قضيت لفلان بحجة شرعية تقتضي القضا وعلى هذا لو سأل المحكوم عليه
القاضي الكاتب عن السبب الذي حكم به عليه قال الماوردي في فصل اخر نظر
فان كان قد حكم عليه بالاقرار لم يلزمه ان يذكره له لانه لا يقدر على دفعه
بالبينة وان كان قد حكم عليه بنكوله ويمين الطالب لزمه ان يذكره له لانه
يقدر على دفعه بالبينة وان كان قد حكم عليه بالبينة فان كان الحكم بحق
في الذمة لزمه ذكرها لانه يقدر على دفعها بمثلها وان كان الحكم بعين
قائمة لزمه ان يذكرها لانه يقدر على مقابلتها بمثلها فترجح بينته باليد

وان قلنا بالوجوب وكان السبب البينه فهو بالخيار بين ان يسمي الشهود
او لا يسميهم ويقتصر على وصفهم بالعداله فلو لم يصفهم بها فهل
يكون ذكره لهم تعديلا فيه وجهان في الحاوي والمذكور في العده انه
تعديل اما اذا كان قد حكم عليه بالشاهد واليمين ففي جواز
المكاتبه به وجهان في الحاوي احدهما لا يجوز لان المخالف فيه من
العراقيين يرى نقض الحكم به فلم يلزمه ان يمضي حكمه للنقض قال الماوردي
والاولى من اطلاق ان يعتبر راي القاضي المكاتب به فان كان يرى القضا
بالشاهد واليمين كتب اليه به والا فلا ولو اراد القاضي في حكمه بالشاهد
واليمين ان لا يذكره في كتابه ويطلق الحكم بالبينه او بثبوت الحق عنده جاز
لانه يحكم باجتهاد نفسه والحاكم باجتهاد غيره ولو كان المحكوم به على
الغايب عقارا في غير البلد التي هو فيها فلا يكتب الى قاضي البلد الذي فيه
الخصم ويجوز ان يكتب الى قاضي البلد الذي فيه العقار صرح به الماوردي
ولو كان المدعا به عينا منقوله ففي جواز الحكم بها مع الغيبه خلاف سنذكره
في الدعاوي قال وان ثبت عنده اي بدون علمه ولم يحكم به فسال المدعي
ان يكتب الى قاضي البلد الذي فيه الخصم بما ثبت عنده ليحكم عليه نظرت
فان كان بينهما مسافه لا تقصر فيها الصلاه لم يكتب وان كان بينهما مسافه
تقصر فيها الصلاه كتب لان القاضي الكاتب كشاهد الاصل وشهود الكتاب
كشهود الفرع فاعتبر في القبول مسافه القصر كما اعتبرت في الشهاده
على الشهاده وقيل يقوم ما فوق مسافه العدوي مقام مسافه القصر في
ذلك كما في الشهاده على الشهاده والاظهر فيهما مسافه العدوي
فما دونها كما صرح به القاضي الحسين وغيره وسنذكر عند الكلام في
الشهاده على الشهاده شيا اخر استغني عنه من يتكلم في هذه المسله بما
ذكره الاصحاب هنا يعني ان الاعتبار في البعد والقرب بالقاضي الكاتب دون

الشهود

الشهود الذين شهدوا عنده وقد جزم الامام في اوايل الباب
بان القاضي في الجانب الشرقي من بلد لو كتب الى قاضي الجانب الغربي
باني قد سمعت بينه فلان على فلان ووصفها على شرطها فاقض بها
وكان الذين شهدوا عند الكاتب قد غابوا او ماتوا ساغ للمكتوب اليه
القضا بالكتاب في ما لو كان الذين شهدوا احضروا بعد في البلد فانه لا
يقضي بالكتاب لان احضار الشهود سهل فهو الاصل وقول القاضي
في حكم شهاده الفرع على الاصل فيستحضرهم القاضي الثاني ويستعيد
الشهاده بشرطها والقاضي الحسين اطلق القول في هذه الصوره بعدم
القبول عملا بما قرره اولا وهو قضيه لفظ الشافعي في الام حيث قال كما
نقله في البحر واذا كان في مصر قاضيان يجوز ان يكتب احدهما الى الاخر بما ثبت
عنده من البينه لم ينبغ له ان يقبلها حتى تعاد عليه وانما نقبل البينه
في البلد النايبه التي لا يكلف اهلها اتيانه وقد طرد الامام ما ذكره من
التفصيل فيما لو وقف كل قاضٍ في طرف من محله ولايته وقال احدهما للاخر
اني سمعت شهاده فلان وفلان على فلان وحلفته على موجب الشرع فاقض
بالبينه في جانبك فقال ان كان شهود الاصل قد غابوا او ماتوا فاقضي
المقبول منهم والا فلا ثم قال فان قيل اذا كان المنادي والاعلام
في طرف الولايتين بمحل كما صورنا فاذا كتب احدهما وشهد على كتابه
شاهدان وكان قادرا على ان يشافه القاضي ويناديه مهلا فكان
ذلك ممنوعا لان كتاب القاضي وشهاده الشهود على شهادته بمثابه الفرع
للقاضي وقوله في نفسه اصل فكيف يقع القضا بالفرع مع التمكن من الوصول
الى الاصل قلنا الذي دل عليه كلام الاصحاب الاول لان في تكليف المشافهه
غضا من منصب القضا ولذا نسمع شهاده الفرع عند مرض شاهد الاصل
ولا يكلفه ان ياتي مسكنه ويسمع اداه في المحابسه والصوره كما ذكرنا ما حكاه

حيث مال الى ... مع الكذاب ...

الماوردي قبيل باب القسمة انه لا يقبل كتاب قاضي احد الجانبين الى قاضي
الجانب الاخر من سماع الشهادة ويقبل في ثبوت الاقرار ان رجع المفرد لم
يقبل ان لم يرجع ان امكن الحاكم به بالاصل لم يجز ان يحكم فيه بالفرع
والشهادة على الشهادة يحكم فيها بشهود الفرع مع تعذر شهود الاصل
والحكم فيها مع امكانهم وقد يفهم ان هذا الكلام مغاير لكلام الامام وهو
هو اذا تاملته لكن الامام قد حكى بعد هذا في حالة وجود شهود
الاصل في البلد خلافا في جواز المسافهة بنقل الشهادة من قاضي
احد جانبي البلد الى الاخر مبنيا على اصل وهو ان سماع البينة من
القاضي خارج عمله بمقام البينة او سبيله سبيل نقل شاهد الفرع
شهادة شاهد الاصل فيكون القاضي فرعا اذا قلنا الاول وهو الذي
نقله عن الاكثرين [illegible] ورآه الظاهر وتبعه الغزالي فيه [illegible] تعين
الثاني الشهادة ويقضي ان يكون القاضيان على هذا شيئا ومن على
العقيبه [illegible] على الثاني وهو الذي عليه عامة الاصحاب كما قال
الرافعي وانه منصوص عليه وفي غيره المسائل يشعر بها لكن الشافعي
نص في اوائل باب الدعاوى والبينات عند الكلام في الدعوى بالعين
التي لا يمكن تعيينها بما يدل على الوجه الاول وحينئذ يكون في المسألة قولان
قلت ويمكن بناء الخلاف الذي حكاه الامام على اصل اخر وهو ان شاهد
الفرع هل يسمع مع حضور شاهد الاصل وفيه خلاف ياتي فان قلنا لا
يسمع وهو الصحيح فلا يسمع هنا والا سمع وهذا الخلاف اذا عدل القاضي
الناقل البينة فلو لم يعدلهم قال الامام فيتجه ان يكون نقلا محضا وبه يتايد
وجه من ادعى انه نقل وليس بحكم وقد اتفق الاصحاب على انه ان عدل الشهود
وحكم بعد التهم فهو سائغ لكن هل للمكتوب اليه البحث واعادة التعديل
امر [illegible] لفظ الوجيز يشعر بالاول لانه قال جاز ان يعتمده او راى ذلك

الرافعي

الرافعي والقياس الثاني اما اذا جعلناه حكما فظاهر واما اذا
جعلناه نقلا فلان شاهد الفرع اذا عدل شاهد الاصل وهو بصفة
المزكين كفى على ظاهر المذهب نعم لو قامت بينة بالجرح فلا تثبت بالاطلاق
وللمدعى عليه طلب الاستمهال ثلاثة ايام لاقامة بينة الجرح ولا
يحتاج في هذا القسم الى تحليف المدعي ولو فوض الكاتب النظر في العدالة
والجرح الى المكتوب اليه فهو سائغ ابتغاء قال الامام لكن النقل عن تعديل
قريب من التعطيل ولكنا مع ذلك نجوز تفويض التعديل الى المكتوب اليه على
شرط الابلاغ في الاعلام والاعلام الذي ذكرناه يكون بذكر الاسم والنوع
والنسب وغيرها من الاسباب اذ المحصل للاعلام الا بذلك اما اذا حصل
بالاسم المحض جاز اذا كان الشاهد مشهورا في البلاد بعد الصيت كذلك
والماوردي قال ان للشهود في هذه الحالة ثلاثة احوال احدها ان يكونوا من
اهل البلد الذي يصل الكتاب اليه وهم على العود اليه فلا يسمع شهادتهم وان
سمعها لم يكتب بها وقال للطالب اذهب مع شهودك الى قاضي بلدهم ليشهدوا
عنده بما شهدوا به عندي فان كتب القضاة مختصة بما لا يمكن ثبوته بغيرها
وثبوت هذا بالشهادة ممكن فلم يجز فيه المكاتبة كالشهادة على الشهادة
والثانية ان يكون الشهود من البلد الذي يكتب اليه ولا يريدون العود اليه
والسعي ينتقل ملكهم فيه فيجوز ان يكتب القاضي بشهادتهم عنده ليكشف عن
عدالتهم فاذا صحت عنده حكم بشهادتهم والثالثة ان يكون الشهود من
غير البلد الذي يكتب اليه فيجوز بعد سماع شهادتهم ان يكتب الى قاضي بلدهم
ويسأله عن عدالتهم فان عرفها كتب بها الى القاضي الاول ليتولى الحكم بشهادتهم
اما اذا كان الحق قد ثبت عنده لكونه علمه وقد سبق ان العبرة للقاضي بذلك الغير
لموجب علمه على المدعى عليه من الحق والتحرير انه لا يجوز القضاء به وان
قلنا يجوز القضاء بالعلم لانه في هذه الحالة شاهد وبالكتابة لا يحصل

الشهادة كاملة ولا غيرها وعن امالي السرخسي انه يجوز ويقضي
المكتوب اليه اذا جوزنا القضاء بالعلم لان اخباره عن علمه اخبار عن
قيام الحجة فليكن كاخباره عن قيام البينة واعلم ان هنا امرين لا بد من
ذكرهما احدهما قال القاضي الحسين في تعليقه ان كتاب القاضي الى القاضي
بسماع البينة دون الحكم ليس مسطورا الا للشافعي وانما خرجه الاصحاب
وقياس قوله ان لا يجوز هذا عندي لان القاضي اذا سمع البينة فهو كشاهد
فرع فلا يثبت بقوله شهادة شاهدين اذ الشهادة على الشهادة لا تثبت
بواحد وقال الامام في النهاية وهذا ليس مذهبا له ولا وجها مخرجا وانما
هو ابداء اشكال وايضاح وجه في الاحتمال والذي اجمع عليه الاصحاب ما قدمناه
قلناه ومثله ان القاضي بعد ذكر ما حكيناه عنه قال ولعل اصحابنا انما
جوزوا هذا لانهم جعلوا اسماع القاضي شهادة الشهود نوع حكم منه
ثم قال فعلى هذا اذا سمع شهادة شاهد واحد وكتب الى ذلك القاضي فسمع
شهادة الثاني يجب ان يجوز واذا استخلف من يسمع البينة على شيء يكون بالخيار
بين ان يسمع تلك البينة اذا حكم بنفسه وبين ان يلحق بقول خليفته
ويقتصر على سماعه البينة وكلام الرافعي قال فيما لو قال الحاكم لخليفته
اسمع دعوى فلان وبينته ولا تحكم بها حتى تعرفني فهل للحاكم ان يحكم به
القياس انه كما لحقها احد القاضيين في البلد الى الاخر امكان احضار
الشهود وهذا منه موافق لما ذكره القاضي لكنه قال الاشبه هنا انه
الحكم لان تجويز الاستخلاف شرع للاستعانة بالخليفة وذلك يقتضي
الاعتداد بسماعه بخلاف سماع القاضي المستقل وبهذا اجاب ابو العباس
الروياني في الجرجانيات على ان لزومه الثاني كيفية الكتاب في صورة مسئلة
الكتاب بعد ذكر المدعي والمدعى عليه والقاضي المكتوب اليه وتحرير الدعوى
ونحو ذلك مما ذكرناه في الفصل قبله ان يكتب قد شهد عندي بذلك فلان وفلان

كذا

كذا او قد ثبت عندي ولا يقول حكمت به وقال الشيخ ابو حامد لا يقول
ثبت عندي ايضا بناء على مذهبه من ان الثبوت حكم كما حكاه عنه الماوردي
والقاضي ابو الطيب وابن الصباغ وغيرهم واختاره ابن ابي عصرون وقد
يقال ان كلام الامام منطبق عليه حيث قال ان الاصحاب قالوا سماع
البينة من القاضي حكم منه بقيام البينة والحكم على مذهبنا ليس افتتاح امر
وانشاء شان وانما هو اظهار ما تقرر ممن هو مطاع متبع فاذا حكم
لزيد على عمرو فمعناه ظهر له وجوب حق لاحدهما على الثاني والشرع
الزم اتباعه وكذلك اذا ظهرت البينة فاظهرها كان ذلك حكما منه لكن
الذي عليه اكثر الاصحاب ان الثبوت ليس بحكم وهو اصح عند الماوردي
وغيره لان الحكم هو الالزام وليس في الثبوت الزام وهو في ثبوت الحق
كالاقرار وادعى في البحر ان الشافعي نص عليه في الام حيث قال كتابه
كتابان احدهما كتاب يثبت ليستأنف المكتوب اليه به الحكم والثاني كتاب
حكم منه ثم ما ذكرناه من تسمية الشهود في هذه الصورة واجب صرح
به القاضي الحسين والغزالي والامام وقال الرافعي القياس التجويز كما
انه اذا حكم استغنى عن تسمية الشهود وان هذا هو المفهوم من
ايراد صاحب التهذيب وغيره وانه يجوز ان يقدر فيه خلاف بناء على ان
كتاب القاضي الى القاضي بسماع البينة نقل للشهادة او حكم بقيام
البينة ان قلنا حكم فلا حاجة الى التسمية وان قلنا نقل فلا بد من
التسمية كما انه لا بد ان يسمي شاهد الفرع شاهد الاصل ثم حكى
الروياني في البحر ان بعض اصحابنا بخراسان قالوا يجوز ان يكتب ثبت عندي
بشهادة العدول ولا يسميهم فان لم يثبت عدالتهم سماهم وهو ضعيف
فرع اذا اتى القاضي فتح مورد هذا الكتاب عليه وقبله فقبول مثله
والامر بالعمل بموجبه قال ابو سعد الهروي سئلت عنه في الدار النظامية

باصبهان هل هو حكم ام لا فعلى ترجيع الى الحاكم فان قال اردت الحكم
فهو حكم وان تعذر الرجوع اليه فالاعتماد على عرف الحكام ان اعتقدوه
حكما فهو حكم ثم استقر رأي المتأولين تقييدا لا يعتقدان على انه ليس بحكم لاحتمال
ان المراد تصحيح الكتاب واثبات الحجة **قال** واذا انشأ الكتاب احضر
شاهدين عدلين ممن يخرج الى ذلك البلد ويقرأ عليهما الكتاب او
يقرأ عليه وهو يسمع لئلا يحرف منه شيء ولا فرق في الحالة الاخيرة بين ان
يكون القارئ غير الشاهدين او هما نعم ان كان القارئ غيرهما فقد قال الشافعي
واحب للشاهدين ان ينظرا في الكتاب عند قراءته لئلا يغير منه شيء او يسقط
وهذا على وجه الاستحباب كما صرح به في المهذب وغيره انهما يؤديان ما
سمعاه **قال** ثم يقول لهما اشهدا علي اني كتبت الى فلان بن فلان بما سمعتما في
هذا الكتاب كان بذلك يصح التحمل عنه وليس بلازم فانه يفعل لكن قوله
اشهدا على ما ذكر على وجه التأكيد حتى لو قال لهما بعد القراءة هذا كتابي الى
فلان وانتما تسمعا ولا قال لهما اشهدا علي بما فيه كفى كما جزم به القاضي
ابو الطيب وابن الصباغ وغيره وحكى الماوردي وجها انه لا يكفي بناء على
منع الشهادة على المقر من غير ان يسمع المقر للشهود وهذا ما اقتضى
كلام صاحب الاشراف [illegible] على صفة الشهادة انه المذهب
وعن ابن [illegible] رواية وجه انه لا يكفي مجرد القراءة عليهما قال الاصحاب واذا لم
التحمل وضعا خطهما فيه قبل عنونته عنهما وكتابه بختمهما او ختم ذلك
القاضي بختمه لكن ختم الشهود يكون في الباطن وختم القاضي يكون في
الظاهر ويذكر في الباطن صفته كما تقدم وهذا ايضا على وجه التأكيد
والاحتياط لان المعتبر عندنا ما يذكره الشاهدان حتى لو حضر الكتاب وهو
مفتوح بعد ختمه او قد انمحى عما بذكراه ولم يضر ذلك بل لو ذكر الشاهدان
شيئا وفتح الكتاب فوجد ما فيه مخالفا لما ذكراه عمل بقولهما كما صرح به

القاضي حسين

القاضي الحسين والامام عن الاصحاب ولو غاب الكتاب عنهما
قبل اثبات خطهما فيه فمقتضى ما ذكرناه انه لا يضر ذلك وحكى الماوردي
انه لا يصح هذا التحمل لانه يحتمل ان يبدل في الغيبة بغيره ثم ما ذكرناه
من الختم محله كما قال الماوردي ما اذا لم يكتب للكتاب نسخة ورأى القاضي
ان يعوقه مع الطالب فلو رأى ان يعرفه مع الشاهدين فالاولى ان لا يختمه
لينشر انساه ويحفظا ما فيه حتى يشهدا به ان ضاع او انمحى ولو كتب
الكتاب نسختين ليكونا مع الشاهدين كان اولى وقد اشار الى ذلك
الشافعي بقوله وينبغي ان يأمرهم بنسخ كتابه في ايديهم ويوقعوا فيه
شهاداتهم قال في البحر حكاية عن الاصحاب والاولى ان يكون كتابه
نسختين قبل ان يقرأ القاضي الكتاب عليهما ليكون نسخة مع واحد معه
حال القراءة يقابل بها وابن الصباغ والبندنيجي قالا ينظر في الكتاب فان
كان ما فيه قليلا يحفظانه اعتمد على حفظهما وان كان كثيرا كتب كل واحد
منهما نسخة وقابل بها ليكون معه يتذكر بها ما يشهد به **قال** فاذا
وصلا اي غير مرتابين بما في الكتاب الى محل ولاية المكتوب اليه قرأ الكتاب
على المكتوب اليه وقالا نشهد ان هذا الكتاب قرأه علينا فلان بن فلان
وسمعناه واشهدنا انه كتب اليك بما فيه لانه الذي تحملوه وبه يحصل
المطلوب وفي المهذب والوسيط ان القاضي انما يفض الختم بعد شهادة
الشهود وتعديلهم والذي ذكره ابو سعد الهروي ان القاضي يفتح
الكتاب اولا ثم يشهد الشهود وهذا الاشكال فيه خلاف في الاولى
لما عرفت ان مذهبنا عدم اعتبار الختم من اصله ولا يكفي في ذلك لفظ
الخبر كما قال الماوردي وهو مستنبط من قول القاضي ابي الطيب وابن
وغيرهما انه لا يكفي اقتصارهما على قولهما ان هذا كتاب فلان لانه
يجوز ان يكون كتابه ولكنه لم يشهدهما بما فيه واوجب القاضي ابو الطيب

الصباغ

ان يقولا اشهدنا في مجلس حكمه لان قول القاضي لا يصح الا في
مجلس حكمه قال في المرشد وفي هذا نظر ولم يبينه ولو شك الكاتب
شيء مما في الكتاب لم يصح اداؤهما ولو ورد الكتاب عليه وهو في
غير محل ولايته لم يقبله ولا يقضيه ولا يسمع الشهادة لما تقدم
وقد اعتبر الماوردي في صحة الاداء ان يصل الكتاب الى القاضي
بشاهديه اما من ابتدائهما او من يد الطالب بحضرتهما فلو لم يشهدا
حضوره لم يصح الاداء واعتبر في الاشراف في قبول الشهادة ان يقول
الشاهد اشهد اني اعرف فلان القاضي بعينه ونسبه وانه قاض في
موضع كذا جائز القضاء (قال) ولو قالا لا نشهد انه كتب اليك بهذا ولم يقرا
اي وكان القاضي الكاتب قد قراه عليهما لم يجز اي قبوله وان كان مختوما
لانه ربما زور الكتاب عليهما وقد اختتمه ولان المقصود ما فيه وهو مجهول
عند القاضي قبل القراءة والشهادة بما يجهله القاضي غير مسموعة وما
ذكره الشيخ هو ما نص عليه الشافعي كما نقله في البحر ومثله يجري فيما لو
ادرج القاضي الكاتب الكتاب قبل القراءة وقال لهما اشهدا على
ان مضمون هذا الكتاب قضائي فلو ان التحمل فاسدا وهو ما جزم به القاضي
ابو الطيب وغيره وطرده فيما لو كتب كتاب وصية وذكر
فيه ترتيب وصيته ولم يقراه والشيخ جعل مسألة الوصية
اصلا لمسألة القاضي وحكى الماوردي في مسألة كتاب القاضي
وجها في صحة التحمل لاشهادة بكتاب معين ونسبه الامام
الى الاصطخري وقال انه متروك عليه غير معدود من المذهب ثم
انه بعد ذلك قال ان الوجه جوازه وقد روي عن الاصطخري
والماوردي والمصنف زيادة على ذلك وانه قال لو لم يشهد
الكاتب احدا لكان المكتوب اليه يعرف خط الكاتب وختمه

وانفصلت

وانفصلت بمثله شبه جاز قبوله لان كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم
كانت مقبولة ويعمل بها من غير شهادة وهذا الذي يقتضيه ذكره
وادعى الامام انه غلط لا يعد منه فان الكتاب لا التعويل عليه
والخط لا يعتبر به قال الماوردي وكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان الرسل الحاملة لها يشهدون بها مع انها تجري مجرى الاخبار
التي يخف حكمها لعموم التزامها والشهادة محمولة على الاحتياط
تغليظا ولهذا لا تثبت الشهادة بالخط اذا التبس المشهود واذا
ثبتت الشهادة عند المكتوب اليه احتاج في انفاذ حكم الكتاب
الى ثبوت عدالة شاهدي الكتاب عنده ولا يكفي تعديل الكاتب
لهما في كتابه وكان في ذلك قبول شهادة الانسان بعدالة نفسه وقد
نسب للقفال الشاشي الاكتفاء وغلطه الامام فيه وقال انه
معدود من هفوات هذا الامام قلت وقد يشبه هذا الخلاف
بخلاف حكي عن رواية الروياني في الروضة فيما لو شهد على الكتاب
الشاهدان اللذان ثبت بهما الحق عند الكاتب لكن الذي جزم به في
الاشراف في هذه الصورة القبول لان القبول والشهادة عليه ولانهما
لو شهدا عند القاضي الثاني بما شهدا به عند القاضي الاول جاز وذكر
عقيب هذا الكلام ان الاستاذ ابا طاهر قال وعلى هذا ادركت القضاة من
غير نكير من العلماء وعليه تفقهت وتفقه الناس قلت وقد يتوهم من هذا ان
هذا الكلام عائد الى هذا الفرع كما فهمه الرافعي وغيره والذي رفع الى انه
عائد الى ما ذكره قبله وهو ان شاهد الاصل اذا زكاه شاهد الفرع جاز
وان احد الشاهدين اذا زكى الاخر جاز ويؤيد ذلك انه قال بعد قوله وتفقهت
الناس ولولا جواز هذا لما جازت شهادة اب وابن لاجنبي واحد
الشاهدين يحمل الشاهد وهذا التعليل لا يمكن عوده الى الفرع الذي

فعلى

ذكرناه فيما قبله والله اعلم ولو ادرا القضا الامر الى الدمر ان الشاهدين
ان قالا للحاكم الثاني نشهد ان الحاكم على نفسه بثبوت الحق عنده وانه حكم
به ولم يذكرا انه ثبت عنده بشهادتهما فهي لفظ ادايهما وكان الحاكم
الكاتب قد ذكر في الكتاب اسمهما ففي سماع شهادتهما وسعد حكم الكتاب
بقولهما خلاف والاصح عند الاصحاب انها تسمع وسعد وان قالا اشهدنا
الحاكم الكاتب انه ثبت الحق عنده بشهادتهما وحكم بها لم اشهدنا على نفسه
بذلك قالوا احتمل نفاذه الكاتب فيه خلاف مطلق وقال ابو علي الثقفي تسمع وتنفذ
قولا واحدا وعلى هذا الثقفي وجمعت الناس فيما وراء النهر حكاه عنه
الشيخ ابو علي في شرحه الكبير **فرع** لو اراد الشاهدان ان لا يمسكا الكتاب وفلا
مضمونه قال في الحاوي ان كان قد انمحى ما فيه او معظمه لم يقبل قولهما انقاله
وان بقي ما فيه او معظمه جرم امساكه ولم يمنع من صحة الشهادة **مسئلة**
في قول الشيخ احضر شاهدين ما يعرفك انه لو اراد حكم لا بشهادة رجل
وامراه وان صدق عليهما اسم شاهدين لا يحصل بهما نصاب الشهادة
في المال فكيف بك هنا بل لو اشهد على الكتاب رجل وامراتان فهو منقض
ما ليس بشهادة النسوة لم يثبت وعن ابن حجر رواية وجه في ثبوته برجل
وامراتين اذا تعلقت الحكومة بمال [illegible] وقال لو كان كتاب القاضي في رويه
هلال رمضان كفى شاهد واحد فاجرى الكتاب مجرى المكتوب به وانه لو
كتب في الزنا وجوزناه في العقوبات فيكتفي بشهادة رجلين ام لابد من اربعة
فيه وجهان كالقولين في الاقرار بالزنا **قال** وان مات القاضي الكاتب او عزل
او مات المكتوب اليه او عزل وولي غيره حمل الكتاب اليه وعمل بما فيه اما
في الاول فلان الكتاب ان تضمن الحكم كان العمل به وجهها عليه كما حكاه القاضي
ابو الطيب وان لم يتضمن سوى الثبوت فلان الحاكم الكاتب اصل للشاهد
الكتاب وهما باقيان وفرع لمن يشهد عنده وتغير حال الاصل الذي

هو فرع

هو فرع لغيره لا يمنع من ثبوت الحكم بشهادة فرعه دليله ما لو
اشهد شاهدا الفرع على شهادتهما فرعين ثم ماتا فانه يحكم بشهادة
الفرعين فكذلك هنا اصل وفي البحر ان بعض اصحابنا بخراسان قال ان
العزل يخرج المكتوب الكاتب عن ان يكون ثبته وهو غلط واما في الثاني
فلان الاعتماد على ما يؤديه الشاهدان لا على الكتاب الا ترى
انه لو انمحى او ضاع جاز للمكتوب اليه ان يسمع الشهادة ويحكم بها
واذا كان المعول عليهما فهما حاضران قال الامام وما وقع من التخصيص
فهو اقامة رسوم غير صائرة ولا قادحة والدليل عليه ان التخصيص
انما يتخيل من توليه او استنابة به وليس لهذا القاضي ان يولي احدا
في غير محل ولايته ولا ان يستنيب بحكم الولاية وهذا مذهب البغداديين
من اصحابنا ولم يورد القاضي ابو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ
والقاضي الحسين والامام سواه وفي الحاوي حكاية وجه اخر قال به
البصريون من اصحابنا انه لا يجوز له ان يقبل الكتاب غيره كالشهادة
عند المعزول لا يحكم بها المولى بعده وعلى هذا فالاحوط ان يكون كتاب
القاضي الاول الى من يبلغه من قضاة المسلمين فانه اذا كان كذلك حكم
به من وصل اليه وعلى الاول قال القاضي ابو الطيب الذي يقتضيه
المذهب انهما اذا اشهدا على قاض اخر والمكتوب اليه حي وهو على
عمله انه يجوز ويحكم به وكذا اذا ولي المكتوب اليه موضعا اخر فحمل
الكتاب اليه وعلى ذلك ينطبق قول القاضي الحسين الذي حكى الامام بعضه
انه اذا اثر شهود الكتاب المحرر من حاكم مرو روذ الى حاكم نيسابور
المقام بسرخس او الانعطاف الى مرو روذ وقالوا لا نتجشم الا
بجعل بجواز ذلك لانهما لا يلحقهما في قطع بلد المسافة من المشقة
العظيمة فالمدعي بالخيار بين ان يستشهد على شهادتهما جماعة يصحبونه

في الطريق الى نيسابور ويشهدون له في مجلس قاضيها وليس لهم
ان يقولوا لا نشهد على شهادتنا الا بجعل ويتنزل بين ذلك الحاكي
مجلس قاضي سرخس ويلتجي منهما الى قاضي نيسابور اولو ذكرو
استقباله الخصم في الطريق له ان يثبت ذلك في مجلس كل قاض امكنه
وفي التهذيب انهم لو ارادوا المقام في موضع ليس فيه قاض ولا شهود
ليس لهم ذلك بل عليهم المضي الى موضع فيه قاض وشهود وانهم لو طلبوا
الاجرة في مثل هذه الحالة فليس لهم الا نفقتهم وكرا دوابهم بخلاف ما
لو طلبوا الاجرة من ذلك عند ابتدا الخروج من بلد القاضي الكاتب حيث لا
يكلفون الخروج والقناعة لا يعتبار يمكن اشهاد غيرهم وهنا حامل
الكتاب مضطر اليهم **فرع** لو مات القاضي الكاتب او عزل وولي غيره فرفع
اليه كتاب الذي قبله فهل يعمل به قال في الحاوي والبحر ان تضمن كتابه سماع
البينة دون الحكم بقبولها فلا يجوز للثاني ان يحكم بقبولها بسماع الاول
حتى يستانف الشهادة وان تضمن السماع والحكم بقبولها والزام الحق
الذي تضمنها عمل به الثاني ونفذه وان تضمن السماع والحكم بقبولها دون
الحكم بالزام ما تضمنها فان كان من شهد عنده حيا موجودا لم يكن للثاني
ان يبني على حكم الاول بالقبول حتى يستانف سماع الشهادة والحكم لان
القدرة على شهود الاصل تمنع من الحكم بشهادة شهود الفرع وان
كان ميتا او غير موجود كان للثاني ان يبني على حكم الاول فيحكم بالالزام
بحكم الاول بالقبول لان تعذر القدرة على شهود الاصل تبيح الحكم
بشهود الفرع قلت وينبغي ان يخرج على هذا ما لو ثبت عند القاضي
حق ولم يحكم به فعزل ثم ولي هل يسوغ له الحكم به ام لا وما قاله الامام
وغيره من انه اذا اقيمت بينة في مجلس القاضي فغاب قبل القضا بها
وخرج عن محل ولايته ثم عاد فهل يبني القضا على البينة السابقة ام

استبعدها

ام يستبعدها فيه وجهان اصحهما لا والثاني يستعيدها كما لو عزل
وولي ثانيا فانه لا خلاف انه يستعيدها فلعله محمول على حالة وجود
الشهود كما يرشد اليه فحوى الكلام او محمول على حالة سماع البينة
دون الحكم بقبولها واليه يرشد التصوير على ان الامام قال ان في
المسئلة احتمالا وقد حكاه في التهذيب في كتاب القسامة وجها انه
اذا ولي المعزول ثانيا لا يستانف البينة فان قلت ما ذكره الماوردي
نظيره انه مفرع على ما هو محكي عن عامة الاصحاب من ان سماع
البينة من القاضي سبيله سبيل نقل شاهد الفرع شهادة شاهد
الاصل اما اذا قلنا سبيله سبيل الحكم بقيام البينة كما راه الامام
الاظهر فيظهر ان يقال هنا ان للثاني ان يحكم وان كان من شهد
عند الميت او المعزول حاضرا لا ينقل هو بنفسه ذلك اليه قلت كلام
الامام الذي حكيته من قبل يا باه بل يصرح بنفيه لان النص الذي
وعدت به ثم لا يا باه بل يصرح به واعلم ان ما ذكرناه من عمل المكتوب
اليه بالكتاب بعد موت الكاتب او عزله منوط بما اذا لم يكن المكتوب
اليه نائب الكاتب اما اذا كان نائبا عنه فعمله به ينبني على انه ينعزل
بموته وعزله ام لا وفيه خلاف ان قلنا ان كان الاستخلاف بغير الاذن
وجوزناه انعزل وان كان بالاذن فوجهان من احدهما القاضي حين
يا ... على القاضي في الخصوص الناسه ينعزل خلفا وان كان
خاص العمل كقاضي قريه او صقع فلا استخلاف فيه فمن ينوب عنه في
القضا وان كان عام الولاية في جميع الامصار كقاضي القضاة ففي
انعزال القضاة بموته وجهان احدهما لا ينعزلون لعموم نظره كالامام
والثاني ينعزلون بموته لخصوص نظره بالقضا فكان كقاضي اقليم

وهذا ما اورده الماوردي الثالثه وهي التي اوردها القاضي
ابو الطيب والشيخ ابو اسحق وابن الصباغ الطلاق وجهان فيه احدهما وهو قول
ابي اسحق وابي علي ابن ابي هريره والطبري كما نقله ابو الطيب وابن الصباغ
والجمهور كما قاله الرافعي وجعله الشيخ في المهذب واختاره في المرشد انه
ينعزل كالوكيل والثاني وهو ما صححه القاضي الحسين عند الكلام فيما نحن
فيه وقال في البحر ان القفال اختاره انه لا ينعزل لانه نصبه لحكم المسلمين
لا في ملك نفسه فهو معه كالامام الاعظم مع القضاه والامرا فانهم لا ينعزلون
بموته ولا عزله والقائلون بالاول افترقوا فمنهم من سوى بين الامام
والقاضي وقال من ولاه الامام ينعزل بموته وعزله ايضا كما حكاه الامام
والقاضي وقال من ولاه الامام ينعزل بموته وعزله كما حكاه الامام والماوردي
قبله وعلى هذا فلا فرق والجمهور سلموا الحكم بعدم انعزال من ولاه الامام
بموته او عزله وادعى منهم القاضي ابو الطيب انه لا خلاف فيه وذكر له صاحب
التلخيص كما نقله في البحر ومنعوا كون القاضي يعمل للمسلمين بخلاف الامام
واستدلوا على ذلك بان الامام ليس له ان يعزل القاضي اذا لم يتغير حاله ولو
عزله لم ينعزل وليس كذلك نائب القاضي فان له عزله وفرقوا بان القضاه
لو انعزلوا بموت الامام او عزله لادى الى الضرر العظيم الواصل الى كافه
الامه بخلاف خليفه القاضي هكذا قاله ابو الطيب والشيخ وابن الصباغ
واذا جمعت بين الطرق واختصرت قلت في عزل من ولاه القاضي بعزله او موته
اوجه ثالثها ان استخلف بالاذن لم ينعزل والا انعزل ولم يورد الغزالي
سواها ورابعها ان كان المولي قاضي القضاه لم ينعزل بموته وعزله من ولاه
والا انعزل وفي الرافعي عوضا عن الوجه الثالث الذي ذكرناه انه ان استخلف
بغير الاذن انعزل وان كان بالاذن فان قال استخلف عني لم ينعزل وان قال عن
نفسك او اطلق فينعزل لظهور غرض المعاونه وبطلان المعاونه ببطلان

ولايته

ولايته وجعل هذا الوجه اظهر الوجوه ويجري في المسئله ثلاثه اوجه وهذا
كله فيمن استخلف في الحكم اما من استخلف في سماع شهاده او امر خاص
فينعزل جزما واما المستخلف على الايتام والوقوف فعند الحكم في الوسيط
بالمستخلف في الحكم والذي جزم به صاحب الحاوي وتبعه صاحب البحر انهم
لا ينعزلون وهو ما قال الرافعي انه المشهور كيلا تختل ابواب المصالح وصار
سبيلهم سبيل القوام المنصوبين من جهه الواقفين ولو كان الامام قد نصب
بنفسه نائبا عن القاضي في الحكم فعن ابي الفرج السرخسي انه لا ينعزل بموت القاضي
وانعزاله لانه ماذون من جهه الامام قال الرافعي ويجوز ان يقال اذا كان
الاذن مقيدا بالنيابه ولم يستقل بالاصل لم يبق النائب قلت وقد حكيت عن
الماوردي في اوايل باب ولايه القاضي ان الامام اذا استناب شخصا
وصرح في التوليه له بانه نائب عن القاضي المولى من جهته فعلى ذلك هل لذلك
القاضي عزله ام لا فيه وجهان فان قلنا ليس له عزله فعند ذلك هنا لا ينعزل
بموته وعزله وان قلنا له عزله فيشبه ان يخرج على الخلاف وقد تعلق بما نحن
فيه كلام تقدم الوعد به وهو ان القاضي هل يسوغ عزله مع سلامه الحال
ونحن الان نخوض فيه فنقول ان كان القاضي خليفه لقاض اخر فقد حكيناها هنا
عن الاصحاب ان للاصيل عزله وفي الشامل انه يجي على قول من قال ان خليفه
القاضي لا ينعزل بموته انه ليس له عزله مع سلامه الحال وهذا ما قاله
القاضي ابو الطيب لكن ليس بصيغه الاحتمال والتخريج بل حكاه عن نص
المذهب وان كان القاضي من ولاه الامام فقد حكيناها هنا عن الاصحاب
انهم قالوا ليس للامام عزله مع سلامه الحال وقد حكاه الماوردي
هنا عن الجمهور بناء على الفرق بين الامام والقاضي وقضيه ما حكيناه
عن بعض الاصحاب من التسويه بين من ولاه القاضي والامام في
الانعزال بالموت والعزل ان له عزله مع سلامه الحال وهو الذي

جزم به الماوردي في اوايل كتاب الاقضيه وجعل تولية القضاء من العقود
الجايزه وقد حكى الوجهين صاحب الابانه والحلي في غير هذا الموضع وبناهما
القاضي ابو الطيب عند الكلام في الاستخلاف على انه هل يجوز استخلاف
القاضي فيما يقدر على مباشرته بنفسه ام لا ان قلنا يجوز كما قاله
الاصطخري لانه في الولايه صار كالامام لا يجوز له عزل القاضي مع
سلامة الحال وان قلنا يمتنع الاستخلاف كما في الوكيل فللامام عزل القاضي
لكن قضيه هذا البنا ان يكون الصحيح جواز العزل لان الصحيح منع الاستخلاف
عند القدره كما تقدم والذي حكاه جمهور الاصحاب من العراقيين منع العزل
مع سلامة الحال وقد اشار الى ذلك ابن الصباغ عند الكلام في الاستخلاف
ايضا وحكى الامام عن القاضي انه قال له عزله اذا كان رابه منه امر
ويكفي فيه غلبة الظن بدلالة فلو لم يظن غير الخير فان لم يكن ثم من يصلح
للقضا لم ينعزل وان كان ثم من هو اصلح منه انعزل وان كان مثله فوجهان
ثم قال واطلاق الكلام على هذا الترتيب غفله عما يراد في هذا الباب فنقول
اولا حق على الامام ان لا يتصل بشى من امور المسلمين الا عن راي ثاقب
وبحث ونظر في الصلاح وهذا مطرد في العزل والتوليه فان عزل شخصا
دونه لمصلحه وهو ان راي الاصلح او لا يشتغل هو اهم مما هو فيه فهذا
سهل ويجب القطع به ولا يجوز نقض ما لاق فيه وان فرض منه عزل مطلق
فلا اعتراض عليه اذا كان يتطرق اليه امكان النظر ولا يجوز ان يكون فيه
خلاف وان رددنا الكلام اليه في نفسه وقلنا لو لم يصدر عزله عن
نظر فهل ينفذ ذلك فهذا تردد فيه بعض الناس المنتمين الى الاصول
والذي اقطع به انه ينفذ ولكن يتعرض صاحب الامر لانه على الخطر
المائم ولو لم ينفذ لرددنا احكام من ولاه نائبا وهذا الحزم خيل اعتمهما لست
التزم الخوض فيه والذي راه في تعليق القاضي انه ان عزله لمن هو اصلح

منه انعزل

منه انعزل وان عزله لمن هو دونه لم ينعزل على المذهب وقال في
الوسيط على الاظهر وان عزله بمثله فوجهان وبين عبارة الامام
وهذه فرق فتامله وقد وافق الماوردي الامام في نقض ما ابداه من
التفصيل في اواخر كتاب الاقضيه فقال اذا عزل الامام المولى عن اجتهاد
ادى اليه اما لظهور ضعفه واما لوجود من هو اكفى منه جاز وان عزله
مع الاستقامه نفذ وان كان غير جايز لان عزله حكم من احكام الامام
واحكام الامام لا ترد اذا لم تخالف نصا او اجماعا وحكى ابن الدوادي
الشيخ ابا علي قال في شرح الجبر اذا ولى الامام قاضيا ان لم يتعين عليه
فعزله لم ينعزل ولمن هو اصلح منه قال القفال لا ينعزل لانه صار قاضيا
من جهة الله تعالى وقال بعض شيوخنا ينعزل وعلى هذا لو اخبر الامام ان
قاضي بلد كذا قد مات فولى غيره ثم بان كونه حيا لم ينعزل الاول عند
القفال وعلى الوجه الثاني ينعزل وتكون الولايه للثاني وهو مما اورده
الرافعي من غير بنا وهذا حكم عزله اما عزله لنفسه فقد قال في الحاوي
انه لا يكون عزله لنفسه عزلا لان العزل يكون من المولى وهو لا يجوز
ان يولي نفسه فلم يجز ان يعزلها ثم ان كان معذورا جاز اعتزاله وان
كان غير معذور منع من الاعتزال وان لم يجبر عليه لان ولايه القضاء
من العقود الجايزه ولذلك نفذ منه عزل الامام وان خالف الاولى لكن لا
يجوز ان يعتزل الا بعد اعلام الامام واستعفايه لانه من دول العمل
يحرم عليه اضاعته وعلى الامام ان يعفيه من النظر اذا وجد غيره
حتى لا يخلو العمل عن ناظر فان اعفاه قبل ارتياد غيره جاز ان كان لا
يتعذر وان كان يتعذر ويتم عزله باستعفايه واعفايه ولا يتم
باحدهما فان نظر بين استعفايه واعفايه صح نظره وصلح الحمد
والكافي فلا اذا عزل نفسه هل ينعزل خلفه حكم الامام اذا عزله

وجزم في النهاية والحاوي في أول كتاب الأقضية بانعزاله وذكر
الرافعي وقاسه على الوكيل والقاضي حين قال بأن للعنين عدم تعيينه
وقال إنه إذا كان متعينا عليه فعبر بنظر أن الحسن على خلع
نفسه بعد أن ولي ثمانية أشهر والتمسوا من عثمان أن يخلع نفسه
فلم يبد ذلك والذي حكاه ابن أبي الدم أنه لا ينعزل عند تعيينه وفي انعزاله إذا
لم يتعين وجهان أصحهما الانعزال وعلى هذا لو أنكر القاضي كونه قاضيا ضعيف
قال في البحر قال جدي صار معزولا كالوكيل وفيه وجه أنه لا يصير معزولا
فرع إذا عزل القاضي حيث يجوز العزل فهل ينعزل قبل بلوغ الخبر إليه
فيه طريقان أحدهما حكاية قولين فيه كالوكيل وبهذا قال صاحب التلخيص
وابن كج والثاني وهو الأصح وبه قطع أبو زيد القطع بعدم الانعزال ما لم
يبلغه الخبر لعظم الضرر في رد أقضيته بعد العزل وقبل بلوغ الخبر قال في
الحاوي وفرق الأصحاب بين الوكيل والقاضي بوجهين أحدهما أن القاضي ناظر
في حقوق غير المولي والثاني أن موت الإمام لا يوجب عزل القاضي وموت الموكل
يوجب عزل الوكيل فقوي القاضي بين الوجهين على الوكيل فصح أن يجعلها
أحكام القاضي وأن لا يصح عقود الوكيل ثم الخلاف المذكور فيما إذا عزله
لفظا أو كتب إليه أي عزلتك أو أنت معزول فأما إذا كتب إليه إذا أتاك
كتابي فأنت معزول فلا ينعزل قبل أن يأتيه وإن كتب إذا قرأت كتابي فأنت
معزول فلا ينعزل قبل القراءة ثم إن قرأه بنفسه انعزل وإن قرئ عليه فوجهان
أحدهما لا ينعزل لصورة اللفظ وأصحهما الانعزال لأن غرض الإمام إعلامه
بصورة الحال لا قراءته بنفسه وفي مثله من الطلاق الأظهر أنه لا يقع
لأن الطلاق قد يتعلق على قراءتها خاصة فيتبع اللفظ **قال** وإن فسق الكاتب
أي قبل عمل المكتوب إليه بما في الكتاب فإن كان فيما ثبت عنده ولم يحكم
بطل [illegible] لأن الكاتب كشاهد الأصل وفسق شهود الأصل قبل الحكم

بشهادة

بشهادة الفروع يمنع الحكم بشهادتهم **قال** وإن كان فيما حكم به لم
يبطل لأن الحكم لا يبطل بالفسق الحادث وهذا ما حكاه الماوردي
والبندنيجي والقاضي أبو الطيب والبغوي وغيرهم وقد يطلب الفرق
بينه وبين ما لو فسق الشاهد في الواقعة بعد الحكم بشهادته فإن في
نقض الحكم طريقين أحدهما القطع بعدم النقض وهو نظير ما قالوه
هنا والثاني حكاية قولين فيه وعلى هذا يطلب الفرق لكن في الرافعي
أن القاضي ابن كج أطلق القول بأنه لا يقبل كتابه إذا حدث الفسق
من غير فرق بين كتاب وكتاب وأنه فرق بينه وبين الموت بأن ظهور
الفسق يشعر بالخبث وقيام الفسق قبل يوم الحكم قال وهذا قضية
إيراد الشيخ أبي حامد وابن الصباغ وعلى هذا الأوفق أما إذا فسق
الكاتب بعد عمل المكتوب إليه بالكتاب لم ينقض وإن لم يتضمن
الكتاب سوى الثبوت صرح به الماوردي والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم
قال صاحب الحاوي وتبعه في البحر والجنون الطارئ كالفسق وفي
الرافعي أن الشهود على القاضي كشهود الفرع وشهادة الفرع بعد
موت الأصل مقبولة والعزل والجنون والعمى والخرس كالموت
تنبيه كلام الشيخ في هذا الفصل معه ولكن أن القاضي ينعزل بالفسق
كما صرح به القاضي الحسين وأشار في الوجيز إلى الخلاف فيه حيث قال إن
طريان الفسق يوجب الانعزال على الأظهر ومقابل الأظهر أنه لا ينعزل
إلا بالعزل كما نسبه الإمام إلى بعض الأصوليين من أصحابنا والرافعي
قال إن طريان الفسق يمنع من نفوذ الحكم على أصح الوجهين كما يمنع
طريان الجنون والإغماء والخرس والخروج عن أهلية الضبط والاجتهاد
بغفلة أو نسيان لكن منع الحكم في الصورة المذكورة لا ينعزل القاضي لو زال ما
قد حدث ولا بد من تجديد التولية أو يكون ما حدث مانعا لا غير حتى إذا زال

استمرت التولية عنه وجهان اصحهما الاول ومقابله في الفاسق
اذا تاب ادعى في الاشراف انه منصوص عليه قياسا على الاب يتوب
بعد الفسق وقال الرافعي انه منسوب الى تخريج صاحب التلخيص من قول
الشافعي في اهل البغي انهم لا يقاتلون حتى يناظرون ويسالون عماذا
ينقمون فقد يسالون عن عزل عامل بلدهم من جوره فلو كان العامل ينعزل
بالفسق لما ادعوا انعزاله بالجور ولم يقل يسالون عزله قال الرافعي
الا انه لم يطرد جوابه في صورة الردة وسلم انه اذا تاب بعد الردة
احتاج الى عقد جديد وقال الشيخ ابو زيد القياس التسوية ومن امالي ابي الفرج
الزجسي القطع بان الاغما مانع فاذا زال عادت الولاية بحاله كالجنون
وفي الحاوي انه اذا احدث الفسق في القاضي فان استدامه مصرا عليه
انعزل به ولو تعجل الاقلاع عنه فان كان من غير ندم وتوبة انعزل به وان
كان بعد اقلاعه عن ندم وتوبة نظر فان كان فسقه قد ظهر قبل التوبة
انعزل به وان لم يظهر حتى تاب منه لم ينعزل به لاسقاط العصمة عنه فان هفوات
ذوي الهيئات مقالة فكل من يسلم منها الا من عصم واذا انعزل بالفسق تحكم
في حال العزل فان كان زانيا باداه صح وان كان حدا بشهادة بطل وعليه
ان يمتنع من الحكم وينهي حاله الى الامام او الى من ولاه ليقلد غيره ولا
يغتر به الناس ان لم يعرفوه ويقفل احكامهم ان عرفوه وهذا في ابقاء
حاله بين امرين اما ان يظهر الاستعفا ويكتم حاله لئلا يكون اشتهر له
وهو اولاهما واما ان يخبر بسبب انعزاله وان جرح له هتك ستره

قال واذا وصل الكتاب اي الموصوف بما ذكرناه وحضر الخصم وقال لست
الدعوى عليه وانكاره الحق واقامة البينة على الكتاب لست
فلان بن فلان اي المذكور في الكتاب وليس معروفا بذلك فالقول قوله مع يمينه
لانه اخبر بنفسه والاصل ان لا مطالبة عليه ولو نكل عن اليمين حلف

المدعي

(هامش: بالجور)
(هامش: اي)

المدعي وتوجه الحكم عليه ولو امتنع من الحلف على نفي الاسم واراد
الحلف على نفي الاستحقاق فالمحكي عن الصيدلاني انه يقبل منه اليمين
على هذا الوجه وشبه القفال استشهادا بان من ادعى عليه
حقه في الاستحقاق في القرض فادعى فلم يتعرض في جوابه لها واقتصر
على قوله لا يلزمني التسليم شيء اليه انه يقبل منه اليمين كذلك هنا
قال الامام وهذا عندي خطأ فانه انما يمتنع عن اليمين على نفي الاسم
والنسب لشهرتهما لو ثبتا فالحجة قائمة عليه والقضاء مبرم وليس
كالدعوى المحض بنفي الاغراض فان الدعوى ليست حجة فانه الشرع
للمدعى عليه مسلكا في الخصومة يوافق الحق عنده والمسالة محتملة مع ما
ذكرناه وحاصل ما ذكره الامام جزم في الوجيز بانه لا يكفي ذلك وقال
ابن يونس انه الصحيح وقد اعترض على الصيدلاني بان وزان ما نحن فيه في
مسالة دعوى القرض ان يسال ان يشهدا به ان يجيب المدعى عليه بانه
ما اقرض لم يرد وان يحلف على انه لا يستحق عليه شيئا وفي هذه الصورة الصحيح
انه يجاب كما سياتي ان شاء الله تعالى اما اذا كان معروفا بهذا الاسم
فيحكم عليه به ولا يقبل ما ادعاه قاله الماوردي قال وان اقام المدعي
بينة انه فلان بن فلان اي الذي وقع نسبه في الكتاب او قال المدعى انا فلان
ابن فلان الا ان غير المحكوم عليه لم يقبل قوله لان الظاهر انه المشهود
عليه فان احتمل عدم مشاركة غيره له في ذلك حتى تعم البينة
ان له من يشاركه في جميع ما وصف به في الكتاب اي ان لم يكن المشار
اليه يعرف به كما ذكره الماوردي لان الحكم حينئذ صحيح يحمل له
ولغيره وابن الصباغ قال انه اذا ادعى ان له من يشاركه في ذلك
سال القاضي عنه وكشف فان لم يظهر ذلك حكم عليه لان الظاهر
انه المحكوم عليه وان ظهر فالقاضي يحضر ذلك الشخص ويساله

(هامش: لعله عليه)

فان اعترف بانه المحكوم عليه الزمه الحق عليه وفي هذا نظر من جهة
ان كتاب القاضي لو تضمن انه حكم على فلان بن فلان ولم يرفع نسبه
ولا وصفه بما يتميز به عن غيره كان الحكم باطلا حتى لو اقر رجل بانه
فلان بن فلان المعني بالكتاب لم يلزمه شي بالقضا المبهم في نفسه
كما حكاه الغزالي وقضيه ذلك ان يكون الحكم باطلا ايضا فيما اذا عرف
المشارك في الاسم بانه في الكتاب والمعني به لاجل الابهام لكن قد يمنع
ابن الصباغ الحكم الذي ذكرناه ويسوي بين المسالتين فيقول اذا تضمن
الكتاب انه حكم على فلان بن فلان ولم يرفع في نسبه ولا ميزه بصنعة
فقال شخص انه المعني بالكتاب يلزمه الحق كما حكاه الرافعي عن ادب القاضي
لابن القاص وايضاح ابي علي وان انكر قال البندنيجي وغيره فقال المحكوم
له الك بينة تفرق بين الرجلين فان اتى بالبينة حكم له وان لم يات بها
كتب المكتوب اليه الى الكاتب بما عرفه مما وقع من الاشكال ليحضر
شهوده ويذكر صفة لاحدهما يتميز بها عن صاحبه فان وجد الحاكم
مزية كتب بها وحكم عليه وان لم يميز وقف الامر حتى ينكشف هذا اذا
كان حيا فاما ان كان من هو بهذه الصفة ميتا قال الماوردي والبندنيجي
فان لم يكن قد عاصر الحي فلا اثر لهذه المشاركة وان كان قد عاصره
قال البندنيجي فيمكن ان يكون عامله فان كان قد مات بعد الحكم فهو
كما لو كان حيا وان كان موته قبل الحكم فوجهان اختار في المرشد منهما
ان الاشكال واقع ووجه الزام الحي ان مطلق الاحكام يتوجه في الظاهر
الى الاحيا دون الاموات **فرع** لو اقر بانه المحكوم عليه لكن
طلب يمين المدعي على عدم القبض او البراه لم يجب الى ذلك لان الكاتب
قد حلفه صرح بذلك ابو الطيب والبندنيجي والماوردي وغيرهم وفي
التهذيب في مسئلة دعوى الابرا انه يحلفه على انه لم يبره قال الرافعي

يجد؟

يحصل

يحصل في المسالة وجهان ولو طلب يمين الخصم على عدالة من
شهد عليه لم يلزمه اليمين وكذا لو سال احلافه على ان لا عداوة بينه
وبينهم نعم لو سال له ان يحلف على ان لا ولادة بينه وبينهم ولا شركة
وجب احلافه على ذلك لاختصاصه بالمحكوم له دون الحاكم كذا حكاه
الماوردي ونسب الرافعي بعض ذلك الى العدة **قال** فان حكم عليه اي الزمه
الخروج من الحق فخرج منه ثم قال اكتب لي كتابا بانك حكمت علي وباني
وفيت ما حكمت علي به حتى لا يدعي ذلك مرة اخرى فقد قيل يلزمه
لاحتمال ما ذكره ولانه لو طلب الاشهاد على الخصم بالقبض لاجل ذلك
وجب قولا واحدا لانه حق ثبت عليه ببينة فكذلك يجب على القاضي
وهذا قول الاصطخري وصححه الجيلي وقيل لا يلزمه لان الحاكم انما يكتب
بما ثبت عنده او حكم به بعد دعوى تحرره ولم يحصل واحد منهما عنده وهذا
ما اختاره في المرشد والنواوي **قال** الا ان يدعي ذلك مره اخرى لانه اذا
ادعى ذلك مره اخرى توجهت دعوى الدافع بالقبض من القاضي بعلمه
فساغ له الكتابة به وهذه الزيادة لم ارها لغير الشيخ وان كان الفقه
يقتضيها فانظر الماخذ ذكرناه ولا خلاف ان الدافع لو طلب الكتاب الذي
وصل بوجوب الحق عليه بعد وفا الحق لا يسلم اليه لان الورقه قد تكون
ملك الخصم وان لم تكن فله غرض في امساكه لتذكار الشهود وربما
احتاج الى اشهادهم قال القاضي ابو الطيب وغيره وكذا لو باع واحد شيا
فلا يلزمه تسليم كتاب الاصل ولا تمزيقه لانه ملكه وحجه عند الدرك
ولم يدخل في البيع **قال** واذا ثبت عند الحاكم حق اي على حاضر او غيره
فساله صاحب الحق ان يكتب له محضرا بما جرى كتبه ووقع فيه اي كتب
علامته على راسه مثل الحمد لله رب العالمين وهو بتشديد القاف
وفتحه السوال في ذلك لو تعذيقه فرع لا استشهاد على نفسه لكن هذه

الكتابه واجبه او مستحبه اطلق بعضهم فيها وجهين وملخص
ما ذكره في الحاوي انه ينظر في ذلك فان كان في دين مستوفي عاجلا
لم يلزمه وان كان في دين مؤجل او في ملك متأبد فان كان في صوره
يجب على الحاكم الاشهاد عليه فيها جزما كما اذا اثبت الحق عنده باقرار
الخصم وقلنا له ان يقضي بعلمه ام لا كما قاله السنجي او ثبت بنكول
الخصم وحلف المدعي ففيه وجهان احدهما ان ذلك واجب كالاشهاد
وهذا الصحيح في تعليق القاضي الحسين وهو المختار في المرشد والثاني انه لا يجب
لان الشهاده تغني عنه والمرجع عندها الي ما يذكره الشاهد قال
الغزالي وعلى هذا فيستحب للقاضي استحبابا مؤكدا وان كان في صوره
قد اختلف في وجوب الاشهاد فيها وهي اذا ثبت الحق بشهاده عدلين
فان قلنا لا يجب الاشهاد لان البينه بالحق موجوده فكتب المحضر اولى
وان قلنا يجب لان في اشهاده على نفسه مع البينه الموجوده تعديل البينه
واثباتا الحجه ففي ايجاب كتب المحضر الوجهان وعن ابن جرير الطبري وهو
ما قاله الرافعي في اوائل كتاب الزكاه انه لا يجب

والاصل ناقص

المحضر اذا لم يعرف الخصمين حتى لا يصير محضره الذي ثبت له حجه على ما
يكون باسمهما ونسبهما قال القاضي ابو الطيب وصاحب البحر وهذا
غلط لانهما اذا لم يكونا معروفين بعينهما فانه يذكر حليتهما ولا يجوز
له ترك ذلك والمعول عليه الحليه فصار بمنزله العين ومن نسب الامام
ما حكيناه عن ابن جرير الى ابن خيران وانه ليس بشي والقاضي الحسين نسبه
الى الاصطخري وانه قال اذا اقر المجهول عنده لا يعمل اقراره لاني
لو فعلت ذلك لا امن ان يكون واطاه المدعي حتى يقر له ويستعير
اسم انسان يسمي نفسه فاذا مات ادعى على ورثته ولا ينفع
القاضي كتب الحليه لان المستعار اسمه قد مات وهو يدعي على

ورثته ثم قال وهذا غلط لانه يودي الى تعطيل الاحكام فانه
لا يعرف جميع الخصوم ويكتب نسختين وتودع احداهما في قمطره اي مخزومه
ويكتب على ظهرها خصومه فلان بن فلان وتاريخها ووجه ذلك
الاحتياط فان فيها تذكارا اما الحال والبناء مرجعا عند الحاجه
ولا شك ان ذلك غير واجب ثم القرطاس في كل الاحوال يكون من
بيت المال كما تقدم ذكره فان لم يكن للحاكم قرطاس من بيت المال كان
ذلك على صاحب الحق لانه يكتبه لحقه واشار القاضي الحسين الى انا اذا
قلنا بوجوب الكتابه ولم يكن للحاكم قرطاس من بيت المال ولا احضره
الطالب انه يجب من مال القاضي على وجه ثم قال والصحيح انه لا يجب
على القاضي شي من ماله وهذا ما جزم به غيره ثم صوره المحضر بسم الله الرحمن الرحيم
حضر القاضي فلان بن فلان ويرفع في نسبه حتى يتميز قاضي بلد كذا من
قبل الامام فلان بن فلان ويرفع في نسبه او من قبل القاضي فلان ويرفع
في نسبه المولى من قبل الامام فلان وهو في مجلس حكمه ومحل ولايته من
بلد كذا فلان بن فلان الفلاني ويرفع في نسبه بما يميزه عن غيره ويكتب
حليته استحبابا ان كان معروف النسب عند القاضي والا فيكتب كما قال
ابن الصباغ وشيخه ابو الطيب والبندنيجي والامام وغيرهم من ذكر انه
فلان بن فلان الفلاني وكتب الحليه هنا واجب كما قاله ابو الطيب وادعى
على فلان بن فلان الفلاني ويرفع في نسبه ويذكر حليته استحبابا ان كان
معروف النسب والا فذكرها واجب لان المعول عليها ثم يذكر المدعا
به وصفه الدعوى محرره ثم ان كان المدعا عليه قد اقر بالحق كتب اقراره
به قال القاضي ابو الطيب وابن الصباغ وليس يحتاج ان يذكر انه اقر له في
مجلس حكمه لان الاقرار يصح فيه وفي غيره وهذا قد نسبه الماوردي الى
الشيخ ابي حامد وانه قال ان ثبت ببينه ذكر ذلك وهو في تعليق

السنجي قال الماوردي وفرق بان سماع البينة حكم وليس في الاقرار
حكم وهذا الفرق ليس له وجه لان الدعوى لا يسمعها القاضي الا
في مجلس حكمه ولانه يتعلق بالاقرار الزام والالزام حكم ثم يذكر
التاريخ ويوقع على راسه كتب العلامه كما تقدم وان كان المدعا عليه قد
انكر وقامت عليه بينة كاملة بالحق وكانت عادلة كتب اخباره وانه يشهد
عليه بالمدعي به شاهدان عدلان ويعينهما الحق وان ذلك في مجلس الحكم
لان الشهادة لا تسمع في غيره ويصح تسميتهما وعدمه وقد تقدم الكلام فيه
وفي الحاوي في البحر في باب ما على القاضي في الخصوم ان في تسمية الشهود
الذين حكم بشهادتهم في المحضر والسجل وجهان احدهما قاله الاصطخري
ان ترك تسميتهم اولى والثاني قاله ابن سريج ان تسميتهم اولى واحوط للمشهود
عليه فلعله يقدر على جرحهم قال الماوردي ثم ان كل واحد من الامرين جايز
وان اقام المدعي شاهدا واحدا وحلف معه ذكر ذلك وان الشهادة واليمين
وقعا في مجلس الحكم ويختمه بالتاريخ ويكتب القاضي جراحه شهدا او شهد عندي
بذلك ويوقع على راسه بالعلامه وهذا اذا لم يكن له صك فان كان له
صك وفيه خط الشهود قال القاضي ابو الطيب يكتب علامة توقيعه في
صدره ويكتب تحت خط الشاهدين الذين شهدا عنده شهدا عندي بذلك
ويقتصر عليه قال ذلك في فصل الاقرار وفي تعليق السنجي انه يكتب تحت خط
كل واحد شهد عندي بذلك في مجلس حكمي وقضاي وان كان المدعا عليه قد انكر
ولم يكن للمدعي بينة وطلب يمينه فنكل عنها وحلف المدعي بطلبه كتب ذلك وانه
جرى في مجلس الحكم ويختمه بالتاريخ ويوقع على راسه بالعلامه قال وان طلب
اي المدعي ان يسجل له كتب له سجلا وحكى فيه المحضر واشهد على نفسه بالانفاذ
اي بالحكم بما ثبت في المحضر بعد الحكم به حتى لا يكون كاذبا في اشهاده
والفائدة حكمت له بالزمته الحق او بعد الحكم به حكاه ابن الصباغ . ونسلمه اليه

وكتب نسخته

وكتب نسخته ويتركها في قمطره ويوجبه ذلك قبل تقدم وهذا السجل
يبدا فيه بكتابة الشهادة كما ابتدا في المحضر بالحضور فيكون اول
السجل هذا ما اشهد عليه القاضي فلان على ما قد سماه في محضر نسخته
كذا ويكتب نسخة المحضر فاذا فرغ منه قال فحكم به وانفذه وامضاه
بعد ان ساله ذلك واستوفى الشرايط المعتبرة في ذلك واشهد على
نفسه ولو كان السجل على ظهر كتاب احضره كتب اشهد عليه في مجلس حكمه
انه ثبت عنده مضمون الكتاب باطنه وهو كذا ثم بعد فراغه كتب وانه حكم به
وللناس في ذلك عرف مختلف والمرجع في كل قطر الى عرف اهله على ان المحاضر
والسجلات كتبناهن بما ذكرناه احوط من هذا الكتاب فرع قال في الحاوي
في باب ما على القاضي في الخصوم اذا تحاكم الخصمان ولم يسالا القاضي
الكتبة كان القاضي مندوبا الى اثبات محاكمتهما في ديوانه مشروحة
بما انفصلت عليه من الزام او اسقاط احتياطا للمتنازعين ووجوب
ذلك معتبر بالحال فان كان مما استوفي وقبضه لم يجب عليه اثباته
وان كان اثباته مستظهرا وان كان فيما لم يقبض ولم يستوف فان كانت
الحالة مشهورة ولا ينسى مثلها لم يجب اثباتها وان جاز ان ينسى مثلها
وجب عليه اثباتها ليتذكر بخطه ما حكم والزم ولانه كفيل بحفظ
الحقوق على اهلها فالزم بذلك ما يؤول الى حفظها قال وما يجتمع من
المحاضر والسجلات في كل شهر او في كل اسبوع او في كل يوم على قدر
قلته وكثرته يضم بعضها الى بعض اي فيصير قمطرا او يختم عليه
ويكتب عليه محاضر وقت كذا من شهر كذا من سنة كذا ليسهل عليه
تنفيذ ما يريده عند الحاجة اليه قال الاصحاب واذا اجتمعت
محاضر سنة ضمها وكتب عليها محاضر سنة كذا ولو لم يفعل القاضي
ذلك بنفسه لكنه وكله الى ثقة جاز والاولى ان يكون بحضوره ان لم

بتولاه خشية من اندراج شيء فيها وكلام الماوردي مشير الى تعين
حضوره عند تولي الغير ذلك والاسبوع بضم الهمزة والبا اسم
للايام السبعة قال فان لم يسجل له الحاكم اي لم يكتب له سجلا وقد
اشهد على نفسه بالانفاذ جاز لان الحكم قد حصل وشبه ذلك الامام
بما سبق من ان الاعتماد على ما يشهد به الشاهد وقيل يلزمه كالاشهاد
حكاه السد يحيى والمصنف وغيرهما قال الغزالي ومن جوز للامي ان يكون
قاضيا فلا يمكنه ايجاب الكتبة وان التمس صاحب الحق فان قيل
هل تفصلون في وجوب الاشهاد في الحكم بين ان يكون الحق قد ثبت
بالبينة او بالاقرار على وجه كما ذكرتم ذلك في الاشهاد بالثبوت
قلت قد اطلق ابن الصباغ القول بان الاشهاد على نفسه بالحكم
في هذه الصورة وغيرها واجب وهو الذي لا يتجه غيره لان الحكم
يحصل ما لم تحصله البينة وهو الالزام ولذلك وجب بخلاف الثبوت
فانه لا يحصل امرا زائدا على ما شهدت به البينة فرع حدود الله تعالى
هل يقبل فيها القاضي الى القاضي فيه قولان كما في الشهادة فيها على
الشهادة وسنذكرها قال وان ادعى رجل على رجل حقا وادعى ان له حجة
في ديوان الحكم اي وذكر التاريخ فوجدها كما ادعى فان كان ذلك
مما حكم به هذا الحاكم لم يرجع اليه حتى يتذكر لقوله تعالى ولا تقف ما
ليس لك به علم ولان الخط والختم يقصد التزوير ولا يجوز اعتماد القاضي
عليه في الحكم مجرده كما ان الشاهد لا يسوغ له الاعتماد على خطه في
اداء الشهادة وان حفظ النسخة في خزانته ووثق به بل اولى لان
الحكم اغلظ لما فيه من الالزام بخلاف الشهادة فان قيل قد
قلتم ان الراوي يجوز له في الرواية الاعتماد فيما يرويه على سماعه
على النسخة اذا وثق بها فهلا كان القضا مثله قلنا الثاني

بانه يحرف

الرواية

الرواية وجهان احدهما ما صار اليه الصيدلاني وحكاه
الرافعي عن رواية المصنف انه لا يحل للمحدث الا رواية ما حفظه
وتذكره فكلبره وهلال او ليتذكر وعلى هذا اندفع السوال والثاني جواز
ذلك كما ادعيتم وهو الصحيح وعلى هذا فالفرق ان امر الرواية
اسهل ولهذا اسمع من العبد بخلاف القضا والشهادة وقد سوى
الشيخ ابو محمد بين الشهادة والرواية في الاعتماد على الخط عند
الوثوق به وحكى الرافعي عنه وعن غيره انه طرده في القضا قال
الغزالي وما ذكره اقرب مما ذكره الصيدلاني وكما لا يجوز اعتماد
القاضي فيما حكم به على الخط والختم ما لم يتذكر لا يجوز اعتماده
فيه على شهادة شاهدين شهدا عنده بانه حكم به لانه يمكنه
ان يتذكر ذلك ويصل الى اليقين فلا يرجع الى الظن ولهذا لو شهد عنده
شاهدان بانه صلى لم يرجع اليهما وان كان حق الله تعالى اخف لانه
مبني على المسامحة وايضا فان الشهادة اخفض من الحكم ولو شهد عند
الشاهد شاهدان بانه شهد بحق لم يجز ان يشهد به حتى يتذكر فالحكم
اولى وفي الاشراف والرافعي ان ابن القاص قال انه يجوز له الحكم اذا شهد
عنده بانه حكم لان الشافعي قال وشطر القاضي في المختصر فان لم
يذكر شهدوا عليه والمذهب الاول والضمير في قول الشافعي شهدوا
عليه عايد الى المحكوم عليه اذا كان قد اقر عند الحاكم بالحق كذا ذكره
الاصحاب نعم لو شهدا عند غيره بانه حكم بذلك فان كان بعد عزله بهما
لم يحكم به ذلك الغير لنسخهما بقول الحاكم الاول وان لم
يكذبهما الاول لكنه انكر ان يكون حكم به فالشافعي وان علم
غيره انه انكره ولا ينبغي له ان يقبله ووجه القاضي ابو الطيب
والماوردي وغيرهما بان الحاكم كشاهد الاصل وشاهد الاصل

لو انكر الشهادة لم يكن لشاهد الفرع ان يشهد بها ولو لم يصدر
منه تكذيب ولا انكار لكنه توقف ففي حكم الشاهد به تلك الوجهان حكاهما
القاضي الحسين عن رواية ابي اسحق المروزي منهما ما يعطيه السنجي والقاضي
ابي الطيب الجواز وعليه يدل النص حيث قال كما ذكره في الام ان
الحاكم اذا لم ينفذه لا يجوز له ان يبطله ولا يجوز له ان يحققه ولكنه
يتوقف عنه حتى لو رفع الى حاكم اخر يمضيه وجوبا والمذكور في المهذب
وهو المختار في المرشد مقابله وهو منسوب في البحر الى ابن ابي الاودني
كما لو شهد شهود الفرع عند الحاكم فقامت بينة ان شاهدي الاصل
توقفا عن الشهادة لا يحكم بشهادة الفرع بل قال وهو غلط لما
ذكرناه من النص قال الماوردي والسنجي وابو الطيب وابن الصباغ
وغيرهم واذا انكر القاضي الحكم لزمه اياه قولا واحدا ولا يتخرج
على القضاء بالعلم بل هو امضاء ما حكم به وعزا الى الفرج الزاز
حكاية طريقة اخرى ان امضاه على القولين في القضاء بالعلم **فرع** هل
للمدعي تحليف الخصم عند توقف القاضي في الحكم على انه لا يعرف
حكم القاضي قال صاحب البسيط يحتمل وجهين وهما ماخوذان مما
سنذكره في الدعاوي ان ما ليس بعين الحق لكنه ينفع في بعض الحق هل
يسمع به ام لا **قال** وان كان حكم به غيره لم يرجع اليه حتى يشهد
به شاهدان لامكان التزوير والتحريف وقد حكينا ان الاصطخري
جوز قبول كتاب القاضي اذا عرف ختمه وخطه وتكرر وروده كتبه
عليه وهذا يظهر مجيء مثله هنا **قال** واذا لم يعرف الحاكم لسان
الخصم اي لكونه عربيا والخصم عجميا فان القاضي لا يتصور ان يكون
عجميا كما قاله الامام تبعا للقاضي الحسين لان الشرط ان
يكون مجتهدا على المسلك الاصح ومن ضرورة ذلك ان يكون عالما بلغة

العرب

لغة العرب فان الشريعة عربية **قال** رجع فيه الى من يعرف
اي ولا يكتفي فيه للضرورة في فصل الخصومات فان سئل الشاهد
في ذلك اللسان لم يقبل منه نص عليه في الام ولو احتاج الى اجرة
فهي على صاحب الحق ام في بيت المال كاجرة الكاتب فيه وجهان في
الاحكام لابن سراقة قال انا اذا قلنا بالاول فالواجب عليه اجرة المثل
فيما يتعلق بخاصته من مثل حقه وفي الرافعي عوضا عن الاول انها
لا تحسب من بيت المال كالوكيل ونسبه الى تخريج صاحب التلخيص وانه حكي
عن ابي زيد ايضا وعلى هذا فمؤنته ما يترجم للمدعي على المدعى عليه لانه
يبلغ كلامه والحالة هذه جار في اجرة المسمع ويكون على الوجه الاول
على صاحب الحق كما قاله في البسيط **قال** ولا يقبل فيه الا قول من يقبل
شهادته اي فيما يترجم فيه لانها شهادة عند الحاكم بما يقع عليه
الحكم فلا يقبل الا من عدل يقبل شهادته كالاقرار وعلى هذا فلا تسمع
ترجمة النساء في القصاص والحدود وتسمع في الاموال وما في معناها
مع رجل كذا اطلقه السنجي ولم يذكر الماوردي سواه فقال تسمع شهادة
المراة والرجل في الترجمة بالاقرار بالمال وحكاه في التهذيب ايضا ثم
قال قال الشيخ وجب ان لا يقبل في المال ايضا الا من رجلين لانه ليست
الشهادة على الشهادة بقول النساء وان كان الحق مما يثبت برجل وامراة
وهذا ما اورده القاضي الحسين في الهادي وقاسه على الوكالة والوجهان
مذكوران في الحاوي وعلى الاول ينبغي ان تسمع الترجمة من النسوة منفردات
فيما يثبت بشهادتهن على الانفراد وهو قضية قولهم ان ما يقبل
فيه شهادة المراة يسمع فيه ترجمتها والوالد والولد لا يقبل ترجمتهما
كما لا يقبل شهادتهما كذا اطلقه في الحاوي ولعله محمول على
ترجمتهما باقرار خصم فرعيهما واما ترجمتهما باقرار خصمهما

فلا يظهر الاستماع فيها واعلم ان ظاهر كلام الشيخ يقتضي انه لا
يقبل ترجمة الاعمى فيما يفتقر فيه الى البصر وهو وجه حكاه الرافعي
والبغوي وصاحب الكافي والامام عن رواية صاحب التقريب في
منع ترجمته مطلقا لان الاعمى ليس من اهل نقل الاحوال ولا النظر
الى تفاصيل الاحوال وعليه ينطبق قول الشيخ ولا تقبل شهادة
الاعمى الا في مواضع لكن الصحيح وبه جزم الماوردي والقاضي ابو الطيب
والروياني السماع اذا كلف القاضي المجلس السكوت حتى لا يتكلم الا المدعي
والمدعى عليه لان الترجمة تفتقر الى السماع دون البصر وشهادة
الاعمى مقبولة فيما يتعلق بالسماع خاصة وان ردت فيما يتعلق بالبصر
قال ولا يقبل الا من عدد يثبت به الحق المدعى لانه خبر من ليس بحاكم
يفتقر الى الحرية فافتقر الى العدد اصلها الشهادة وفيه احتراز من
حكم الحاكم لان ذلك خبر من حاكم وقولنا يفتقر الى الحرية احترزنا به عن
اخبار الديانات وعن الفتوى ولانه ينقل الى الحاكم الى ما غاب عنه فيما
يتعلق بامر المتخاصمين فكان من شرطه العدد كالشهادة وفي الذخائر حكاية
وجه انه يكتفي بالواحد كالمسمع وقال الامام فيما اذا كان الخصمان [illegible]
عارفان بالعربية لا يمنع عنهما مدركهما ولكنهما لا يحسنان النطق الوجه
ان يكون هذا المشابه ما لو كان الخصمان سميعين والقاضي اطروش والحكم
في الصورتين ان القاضي اذا احتاج الى التلقي من المتوسط فالترجمة
او الاسماع والخصمان مدركان فالوجه انهما اذا ادركا ما جرى فرد
المترجم لغير مترجم اصل وحق القاضي ان يعتمد تقريرهما وان استظهر
باستنطاقهما لحسن ثم اطلاق الاصحاب ذكر شاهدين في هذا المقام
التفاتا الى قاعدة التعبد بالعدد هو على المذهب وهو الذي ادعى القاضي حسين
من خلافه لو كان الخصمان اعجميين فهل للترجمة عن احدهما ان يترجما

عن الاخر

عن الاخر فيه قولان حكاهما القاضي الحسين وقال في الحاوي فيه
وجهان مأخوذان من اختلاف الوجهين في الشاهدين اذا تحملا
عن شاهد الاصل هل يتحملا عن الشاهد الاخر ومن اعتبار العدد
في الترجمة يوخذ انه لابد فيها من لفظ الشهادة لان ما يعتبر فيه
العدد يعتبر فيه لفظ الشهادة وهذا ما جزم به القاضي ابو الطيب
وغيره وفي الحاوي حكاية وجه اخر انه لابد ان ذلك لا يلفظ الخبر
قال وليس يصح لما ذكرناه وان هذا في الترجمة عن الخصم للقاضي
فاما في الترجمة عما يقوله القاضي للخصم فانه خبر محض وليس بشهادة
لان الشهادة لا تكون الا عند الحاكم الملزم فيجوز فيها ترجمة الواحد
وان كان عبدا ويجوز ان يكون المترجم لاحد الخصمين هو المترجم للاخر
وجها واحدا قال فان كان الدعوى في زنا ففيه قولان احدهما يقبل في
الترجمة اثنان لان المقصود معرفة اللسان وذلك يحصل بشهادة
الاثنين وهذا اصح في الجيلي والثاني لا يقبل الا من اربعة نظرا الى الحق
المدعى به الا ترى انا لا نقبل فيه شهادة النسوة لا نقبل ترجمتهن
فيه وهذا القول لو سكت الشيخ عنه لا يمكن اخذه من قوله ولا يقبل
الا من عدد يثبت به الحق المدعى به وقد اجرى بعضهم هذا الخلاف في
ترجمة اللعان والقاضي الحسين في باب اللعان قال انه يجري في نقل
لعان الزوج لانه مسوق لاثبات الزنا فاما لعانها فيكفي فيه مترجمان
لانها تنفي به الزنا وفي مجموع المحاملي طريقة قاطعة بانه يكفي في
الطرفين مترجمان وقال انها المذهب وضعف طريقة اجراء القولين
بان الزنا ما يثبت في هذا الموضع لان الزوج يثبته ودل لك الزوجة
تنبيه كلام الشيخ مصرح بان الخلاف في ترجمة الزنا قولان والماوردي
وغيره قالوا هنا انه وجهان مبنيان على ان الاقرار بالزنا هل يثبت بشاهدين

ام لابد من اربعه وفيه قولان فان قلنا بالاول كفى في الترجمه

اثنان والا فلابد من اربعه وقال الماوردي في كتاب اللعان ان اذا

قلنا في الاقرار بالزنا لابد من اربعه ففيما اولى هل لابد من اربعه ايضا

او يكفي اثنان فيه وجهان اصحهما الاكتفا **فرع** لو كان القاضي يثقل

السمع واحتاج الى مسمع فهل يشترط فيه العدد كالمترجم ام يكتفى

بواحد حكى الغزالي فيه ثلاثه اوجه اصحها يشترط وهو ما اختاره الامام

وقال انه يجب ان يعتقد ان كلا من المسمع والمترجم ناقل الى القاضي

فاحدهما ينقل معنى اللفظ والاخر ينقل اللفظ بعينه فلا معنى لاشتراط

العدد في الترجمان والتردد في المسمع وعلى هذا اشترط لفظ الشهاده

على اصح الوجهين فيقول اشهد انه يقول كذا وكذا قال الرافعي ويشبه ان

يجري الخلاف في اسماع رجل وامراتين في المال كما ذكرنا في المترجم

واجاب في الوسيط بالمنع كما ذكرناه عن صاحب التهذيب ثم والثاني لا

يشترط قال الغزالي الا ان المسمع لو غير شيئا عرفه الخصمان اي ان كانا

سميعين والحاضرون اي ان كان الخصمان اصمين بخلاف الترجمه قال في

البحر وهذا ليس بشي فعلى هذا لا يشترط لفظ الشهاده وهل يشترط الحريه

فيه وجهان كما في شهاده هلال رمضان اذا اكتفينا فيه بالواحد

والاصح الاشتراط وانه لا يشترط فيه مسلك الروايات والثالث ان

العدد لا يشترط الا ان يكون الخصمان اصمين فيشترط فان القوم قد

يغفلون عن تغييره فالخصم هو الذي يعتني به وهو عاجز عن الرد

او غير المسمع وقد فهم مما ذكره الغزالي من التعليل ان محل الاكتفاء

بمسمع واحد في حاله صمم الخصمين على الوجه الثاني ما اذا كان ثم

حاضر غيرهم اما اذا لم يكن ثم حاضر غير الخصمين والقاضي والمسمع

فلا يكتفى به وهو متبع في ذلك الامام فانه قال فيما اذا لم يكن ثم غيرهم

الوجه القطع

الوجه القطع باشتراط العدد وان حكي عن الاصحاب الوجهين

في هذه الحاله ايضا والقاضي الحسين جزم على القول بالاكتفاء

بمسمع واحد بان القاضي والخصمين اذا كانوا صما انه لابد من

اثنين ثم قال الامام ان محل الوجهين الثالث اذا لم يكن الحضور

ماموري من القاضي بالاصغا ومراقبه الحال ولو كان المسمع الخصم

خاصه لثقل سمعه ففي جمع الجوامع للقاضي الروياني انه لا حاجه

فيه في العدد وهو معزي الى القفال وذلك قضيه ماذكرناه عن الماوردي

في المترجم **قال** واذا حكم الحاكم باجتهاده ثم وجد النص او الاجماع من

الكتاب او السنه المتواتره او المنقوله بالاحاد او الاجماع او

القياس الجلي اي على خلافه او انواعه التي سنذكرها على خلافه نقض

حكمه لان الاجتهاد انما يسوغ اذا لم يكن هناك مخالفه نص كتاب ولا

سنه ولا اجماع ولا قياس غير محتمل فاذا حكم باجتهاده في مثل ذلك

كان مردودا لان الحكم بطريقه لا يصح في الشرع وقد ادعى الماوردي في

حاله مخالفه الاجماع ان النقض مجمع عليه من الخصوم واستدل هو وغيره

على النقض في حاله وجود النص بقوله عليه الصلاه والسلام من ادخل في ديننا

ما ليس منه فهو رد وروي من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد وبما

ورد عن عمر في هذا الباب اشتهرت ولم ينكرها احد فكان اجماعا منها

ما ذكرناه من قبل انه كتب الى ابي موسى الاشعري لا يمنعك قضا قضيته ثم

راجعت فيه نفسك فهديت لرشدك ان تنقضه فان الرجوع الى الحق خير من

التمادي في الباطل وان الكتاب والسنه اصل الاجماع لانه لا يجوز ان ينعقد

على ما خالفهما فلما نقض حكمه لمخالفه الاجماع كان نقضه لمخالفه الكتاب

والسنه اولى وفي رد القضا لاجل ان الدم انه قيل لا ينقض القضا اذا خالف

خبر الواحد والصحيح الاول ينقض قضا الحنفي في مسئله خيار المجلس بنفيه

وفي العرايا وذكاه الجنين والنكاح بلا ولي وقيل الاصح انه لا ينقض في

مسئلة النكاح بلا ولي وسعض ايضا قضاوه اذا حكم بشهادة
فاسقين على الاصح وكذا قضاؤه قضا بصحة بيع امهات الاولاد ينقض
على الاصح ثم المراد من النص ما لا يحتمل تاويلا او يحتمل تاويلا بعيدا
يلتبس عنه اللفظ والقياس الجلي قال النواوي انه الذي يعرف به
موافقة الفرع الاصل بحيث ينتفي احتمال افتراقهما او يبعد كقياس غير
الفارة من الميتات اذا وقعت في السمن عليها وغير السمن من المايعات
والجامدات عليه وقياس الغايط على البول في الماء الراكد وفي الحاوي
ان القياس الجلي ما كان معناه في الفرع زايدا على معنى الاصل وله ثلاثة
القاب قال الكيا يسمى جلي وقياس في معنى الاصل وقياس لا يحتمل الا
معنى واحدا ومعنى الجلي الخفي معناه بجليته لا انفتقر الى البحث وسبر وفي معنى
الاصل عرف حكم فرعه كما عرف حكم اصله وصار او احدا والذي لا يحتمل
الا معنى واحدا معناه لا يصلح لتعليق الحكم غير معناه قال الماوردي
وهو ثلاثة اضرب احدها ما عرف معناه من ظاهر النص بغير استدلال
ولا يجوز ان يرد التعبد فيه بخلاف اصله كقوله تعالى ولا تقل لهما اف
فان تحريم التافيف يدل بتنبيه النص على تحريم الضرب والشتم ولا يجوز
ان يحرم التافيف ويحل الضرب والشتم ومثله قوله تعالى فمن يعمل مثقال
ذرة خيرا يره الاية وقوله تعالى ومن اهل الكتاب من ان تامنه بقنطار يؤده
اليك الاية وهذا الضرب من القياس اقرب وجوه القياس الى النصوص
لدخول فروعها في النصوص ولم يختلف اصحابنا في جواز تخصيص العموم
به وان اختلفوا في جواز النسخ به على وجهين احدهما وهو قول الاكثرين
انه لا يجوز ومقابله منسوب الى ابي علي بن ابي هريرة قال الماوردي
وقد حكاه عن بعض من تقدمه والضرب الثاني ما عرف معناه من ظاهر
النص بغير استدلال لكن يجوز ان يرد التعبد فيه بخلاف اصله وذلك

تنبيه

كنهيه صلى الله عليه وسلم عن التضحية بالعوراء التي عورها والعرجاء
البين عرجها فكانت العمياء والقطعاء قياسا عليهما وان جاز
ان يرد التعبد بتحريم العوراء والعرجاء واباحة العمياء والقطعاء
وكنهيه عن ان يلبس المحرم ثوبا مسه ورس او زعفران فكان
العنبر والمسك قياسا عليهما وهذا الضرب يجوز تخصيص العموم
به ولا يجوز به النسخ بوفاق اصحابنا لجواز ورود التعبد في الفرع
بخلاف اصله وفي تعليق السنجي ان بعض اصحابنا قال لا يجوز ان يرد
الفرع في هذا بخلاف الاصل والضرب الثالث ما عرف معناه من ظاهر
النص باستدلال ظاهر يعرف ببادي النظر كقوله تعالى في زنا الاماء
فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فجعل
حدهن نصف حد الحراير ولم يكن المعنى فيهن الا نقصهن بالرق فكان
العبيد قياسا عليهن في تنصيف الحد اذا زنوا لنقصهم بالرق
ومثله قوله صلى الله عليه وسلم من اعتق شركا له في عبد وكان موسرا قوم عليه
فكانت الامة قياسا على العبد وقوله تعالى اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة
فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع فكان معنى نهيه عن البيع انه شاغل عن
حضور الجمعة فكانت عقود المناكحات والاجارات وساير الاعمال
والصنايع قياسا على البيع لانه شاغل عن حضور الجمعة وهذا الضرب
لا يجوز النسخ به ويجوز تخصيص العموم به عند اكثر اصحابنا وان منع منه
بعضهم لخروجه عن الجلاء الى الاستدلال وليس بصحيح لانه صار بجلاء الاستدلال
كالجلي بغير استدلال قال السنجي وبعض اصحابنا يعد هذا الضرب
من اقسام القياس الواضح كما عدا منه قوله صلى الله عليه وسلم لا يقضي القاضي
وهو غضبان ومعناه انه يغير العقل فكان الجوع والجزع مثله
وكقوله صلى الله عليه وسلم في الفارة تقع في السمن ان كان جامدا فالقوها وما

حولها وان كان مما يعتاد بقوته فحاله العصفور مثل الفارة والسنجر
مثل السمن وقوله تعالى من اجل ذلك كتبنا على بني اسرائيل وخص
الحكم بالضربين الاولين وقال كما ينقض الحكم اذا خالف القياس الجلي
فكذا اذا خالف القياس الواضح بهذا التفسير ولو خالف حكم الحاكم
القياس الخفي او قياس علبة الشبه لم ينقض قلته كما صرح به البندنيجي
والقياس الخفي هو ما خفي معناه فلم يعرف الا بالاستدلال ويكون
صفاته في الفرع مساوية لصفات الاصل وقياس علبة الشبه ما تجاذب
الاصول فاخذ من كل اصل شبها واخذ كل اصل منه شبها هكذا قاله
الماوردي لكنه ذكر ان القياس الجلي على ثلاثة اضرب احدها ما كان
معناه لا يحتاج يعرف بالاستدلال منصوصا عليه كقوله تعالى حرمت عليكم
امهاتكم الاية فكان عمات الاباء والامهات في التحريم قياسا على الخالات
لاشتراكهن في الرحم وقوله تعالى في نفقة الولد الصغير فان ارضعن
لكم فاتوهن اجورهن فكانت نفقة الوالد عند عجزه في كبره قياسا على نفقة
الولد لعجزه في صغره قال وهذا ينقض به حكم الحاكم اذا خالفه وفي
جواز تخصيص العموم به وجهان والضرب الثاني ما كان معناه غامضا
للاستدلال المختلف فيه فقابلت معانيه حتى غمض كتعليل الربا
في البر المنصوص عليه فقابل فيه التعليل بالاكل ليقاس عليه كل
ماكول والتعليل بالقوت ليقاس عليه كل مقتات والتعليل بالكيل
ليقاس عليه كل مكيل والضرب الثالث ما كان مشتبها وهو ما
احتاج نصه ومعناه الى الاستدلال كالذي قضى به صلى الله عليه وسلم
ان الخراج بالضمان فخرج بالاستدلال ان الخراج هو المنفعة وان
الضمان هو ضمان المبيع عن عوض وعنى المنفعة بالاستدلال
فقابلت المعاني بالاختلاف فيها وهذا والذي قبله لا ينقض بهما

حكم الحاكم

حكم الحاكم اذا خالفهما ولا يجوز تخصيص العموم بهما وفي الرافعي
ان ابن القاص قال ان الضرب الثاني من هذه الاضرب من الجلي ايضا
وقضيته النقض وذكر الماوردي ان قياس علبة الشبه نوعان
قياس تحقيق يكون الشبه في احكامه وقياس تقريب يكون الشبه
في اوصافه وقياس التحقيق ثلاثة اضرب احدها ان يتردد حكم
الفرع بين اصل لا ينتقض برده الى احدهما وينتقض برده الى الاخر
فيرد الى الاصل الذي لا ينتقض برده اليه وان كان اقل شبها ولا يرد
الى الاصل الذي ينتقض برده اليه وان كان اكثر شبها مثاله العبد هل
يملك اذا ملك تردد بين اصلين احدهما الحر في جواز ملكه والثاني البهيمة
في عدم ملكه فلما انتقض برده الى الحر بالميراث حين لم يملك به وجب رده
الى البهيمة لسلامته من النقض وان كان شبهه بالاحرار اكثر
من شبهه بالبهائم والضرب الثاني ان يتردد الفرع بين اصلين يسلم
من النقض لو رد الى كل واحد منهما وهو باحد الاصلين اكثر شبها
منه بالاصل الاخر مثل ان يشبه احدهما من وجه ويشبه الاخر
من وجهين فيجب رده الى الاصل الذي هو اكثر شبها به مثاله
في الجناية على اطراف العبد يتردد بين رده الى الحر في تقدير الجناية
على اطرافه وبين رده الى البهيمة في وجوب ما نقص من قيمته وهو
يشبه البهيمة في انه مملوك وموروث ويشبه الحر في انه ادمي
مكلف مخاطب يجب في قتله القود والكفارة فوجب رده الى الحر في
تقدير الجناية على اطرافه دون البهيمة لكثرة شبهه بالحر وقلة
شبهه بالبهيمة والضرب الثالث ان يتردد حكم الفرع بين اصلين
مختلفي الصفتين ويوجد في الفرع بعض كل واحد من الصفتين ولا
يكمل فيه احد الصفتين لكن يوجد فيه الاكثر من الصفتين او الاقل

من الاخرى فيجب رده الى الاصل الذى فيه اكثر صفاته مثاله
ثبوت الربا في الهليلج والسقمونيا المتردد بين الحشيش في الاباحه
لانه ليس بغذاء وبين الطعام في التحريم لانه ماكول فكان رده
الى الطعام في التحريم وان لم يكن غذاء اولى من رده الى الحشيش في
الاباحه وان لم يكن غذاء لان الاكل اغلب صفاته وقال ايضا الماوردي
في موضع اخر ان حكم القاضي ينقض اذا خالف قياس التحقيق
وعلى في النهايه مما ينقض به قضا القاضي ما اذا اتزر مذهبا
من موافقه فاعله عليه وبين مجانبتها والزام حرمها فسلمه
للمنتقل ومعظم مسايل الحدود والغصوب ثم المعنى ينقض الحكم
ما قال الامام في اوايل باب على الحاكم يجال من قضا على به السير
والاغلب من القضا امر يعتقد ويحكى الماوردي في باب شهاده النسا
ان الحكم اذا وقع باضعف المذهبين اضدادهما نقضه عليه غيره
من القضاه لحكمه باطل في الظاهر والباطن لكن هل يفتقر بطلانه
الى حكم الحاكم ام لا على وجهين **فروع** من حكم بالتفرقه بين الزوجين
بلعان بثلاث مرات ينقض حكمه لانه خلاف الكتاب وكذا الرضاع الكبير
بعد ان كان المرضع ابن سنتين وخمسه اشهر وفرق بين الزوجين
ينقض حكمه وردها على الزوج ومن اجاز عقد بشهاده فاسقين
بلا اعلان ولا اظهار ينقض حكمه ولو حكم بقتل مؤمن بكافر او بورث
احدهما من صاحبه او حكم بابطال قطع يد المراه بيد الرجل او
قتلها به حتى يغرم وليها نصف الديه هذا حكاه القاضي الحسين
وفي الرافعي ان من الاصحاب من منع النقض وقال هي مسايل اجتهاديه
والادله فيها متقاربه قال القاضي الروياني وهو الصحيح وكذلك
ذكره القاضي ابن كج في الحكم ببطلان خيار المجلس **فرع** وان اختلف رجلان

رجلان فقال احدهما

من حكم

نكاحا

فقال احدهما قد حكم لي الحاكم بهذا وانكر الاخر فقال الحاكم
حكمت اي وهو في محل ولايته باق عليها قبل قوله وحده لانه
قادر على الانشاء ومن قدر على الانشاء قدر على الاقرار كالزوج
لما قدر على انشاء الطلاق قدر على الاقرار به قال القاضي الحسين
حتى لو قال قضيت على اهل هذه البلد بان نساهم طوالق وعبيدهم
احرار قبل قوله ونفذ حكمه وهذا اذا صرح بان الحكم وقع بالبينه
او باقرار الخصم او بنكوله واليمين او اطلق الحكم ولا يحوج القاضي
الى اثبات ما قام عنده من حجه ببينه وان منعنا القضا في
بالعلم وهذا متفق عليه ولو احوج الى البينه لعند من يقيمها نعم
لو قال حكمت عليه بعلمي فهذا ينبني على ان القضا بالعلم هل يسوغ
فان قلنا نعم فالحكم كما تقدم والا فلا يقبل اقراره ولا يلزم المقضي
عليه ما قضى به كذا صرح به القاضي ابو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ
وغيرهم فان قيل قد قلتم ان ما يسوغ فيه الاجتهاد اذا اتصل
بحكم الحاكم لا ينقض والقضا بالعلم مما يسوغ فيه الاجتهاد و
ينبغي اذا اتصل بالحكم ان لا ينقض قيل من يقول بانه لا يسوغ
له ان يقضي بعلمه لم يجعل العلم حجه فصار كما لو قال حكمت من غير
مستند وبغير حجه لا يقبل وان كان هي في محل الاجتهاد بخلاف
المواضع المختلف فيها **فرع** لو ادعى احد الخصمين على القاضي
المولى وهو في محل ولايته عند قاض اخر في محل ولايته ايضا اما لكون
احدهما نايبا عن الاخر او لكونهما اصليين وجوزنا ذلك انك
حكمت لي بكذا على خصمي وانكر القاضي فهل له طلب يمينه الذي
حكاه الاصحاب انه ليس له ذلك وعن القاضي الحسين انه قال
ذلك ينبني على ان النكول مع يمين الرد يجري مجرى البينه او

او الاقرار ان قلنا تجري مجرى البينة فلا حكم لها لان البينة
لو قامت لم يقع بها حكم وان قلنا تجري مجرى الاقرار فيحلف قال
الامام ويكون اليمين على نفي العلم فاذا نكل رددنا اليمين على المدعي
ونزل منزلة اقرار القاضي قال الامام وهذا بعيد والوجه ما ذكره
الاصحاب اما اذا قال الحاكم بعد العزل او وهو خارج عن
محل ولايته قضيت بكذا حالة نفوذ قضائي لم يقبل الحاكم منه
ذلك نعم لو شهد به مع عدل يقبل شهادته فيه خلاف يأتي في الشهادات
ان شاء الله تعالى ولو قال بعد العزل المال الذي في يد هذا الامين
لزيد دفعته له ايام قضائي وقال الامين انه لعمرو وما قبضته
منك فالقول قول الامين نعم لو سلم القبض منه فالقول قول القاضي
وهل يغرم الامين لليتيم الذي اقر له فيه وجهان في تعليق القاضي
الحسين في باب ما على القاضي في الخصوم والله اعلم بالصواب

باب القسمة

القسمة بكسر القاف الاسم من قولك
قسمت المال اقسمه قسما بالفتح وقاسمه تقاسما واقتسموا
وتقاسموا وهي في اصطلاح العراقيين نوعان قسمة رد وقسمة لا رد
فيها وفي اصطلاح المراوزة ثلاثة انواع قسمة رد وقسمة افراز
وقسمة تعديل **قال** تجوز قسمة الاملاك لقوله تعالى واذا حضر القسمة
الآية وقوله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم بين الناقة وبين
قوم ثمود فيكون لهم يوم وللناقة يوم ولقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة
فيما لم يقسم الحديث وقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غنائم بدر قريبا
منها بشعب من شعاب الصفراء وغنائم خيبر ثمانية عشر سهما وغنائم
حنين باوطاس وقيل بالجعرانة وقد كان للخلفاء الراشدين قسام
وكان علي يعطي رزق قاسمه من بيت المال ولم ينكر عليه احد فكان

اجماعا

اجماعا وقد صرح البغوي وصاحب البحر وغيرهما بان
القسمة مجمع عليها مقتصرين على ذلك ولان بالناس الى قسمة
المشترك حاجة داعية اليها ولاجل هذا قال الاصحاب كما حكاه
صاحب التتمة والكافي وغيرهما انه لا يجوز للامام ان يخلي
نواحي الاسلام تحصل بهم الكفاية كالحكام وفي تعليق الطبري
انه يستحب للحاكم ان يتخذ قساما وهذا اذا كان رزقه من بيت المال
ولو لم يكن فلا ينبغي ان يجعل له قاسما معينا بل يدع الناس
يستاجرون من يختارونه وهل هذا على وجه الوجوب او الندب
الكلام فيه كما قدمناه في اتخاذ الكاتب هذا ما صرح به الاصحاب
قال فان كان فيها رد اي مثل ان يترك شخص لولديه دارين
او عبدين قيمة احدهما ستمائة درهم وقيمة الاخر الف درهم فيجعل
النفيس سهما والخسيس سهما على ان من يحصل له النفيس
يرد مائتين للاخر حتى يعتدلا او يكون بينهما ارض في احد جانبيها
بير او بناء او شجر لا يمكن قسمته فيضبط قيمة ما اختص بذلك الجانب
ويقسم الارض بذلك على ان يرد من ياخذ الذي فيه البير او البناء
او الشجر بذلك القيمة **قال** فهو بيع اي اذا اتفقا على من ياخذ الا
قيمة ويدفع المائتين في المثال الاول لانه ياخذ عما يوصل من ماله
عوضا هو مال وذلك حقيقة البيع وهذه القسمة تسمى قسمة الرد
وان كانت بيعا ولا اجبار فيها على المشهور اذ البيع لا يدخل
الاجبار فيه بطلب احد الشريكين وعزا ما لك ابي الفرج ان من اصحابنا
من خرج في الاجبار قولا ماخوذا من خلاف سنذكره فيما لو كان
بينهما عبدان قيمة احدهما الف وقيمة الاخر ستمائة فاراد
احدهما ان يقتسما على ان يجعل الخسيس وخمسي النفيس سهما
واربعة اخماس النفيس سهما وفيها طريقان قال الرافعي لكن

الخلاف القول بالتخريج بعيد لانه لا ورود في ملك الصورتين ولا
يصرف الاحد المشترك بخلاف ما نحن فيه قال فما لا يجوز من البيع
قال الجيلي كما اذا كان بينهما ارض فيها بذر مستتر لا يجوز
في هذه القسمة لكونها بيعا وفيما قاله الجيلي من تصوير المسئلة
نظر يظهر للمتامل ذكرته في البيع وما يثبت في البيع من غير شرط
وهو خيار المجلس يثبت في هذه القسمة ما لم يتفرقا ولو شرطا في
حال الرضا خيار الثلاث كان لهما كما قاله الماوردي اما اذا لم
يتفقا على من ياخذ الاكثر قيمة لكن تراضيا باخراج القرعة فسياتي
الكلام فيه قال وان لم يكن فيها رد فهي على قولين اي سواء كانت قسمة تعديل
او لا تعديل فيها كالارض المتساوية الاجزاء وقسمة ذوات الامثال
ففيه قولان احدهما انه تمييز الحقين اي تبين ان ما حصل لكل
واحد منهما هو الذي ملكه كالمال الثابت في الذمة يتعين بالقبض
وان لم يكن العين المقبوضة دينا ولا نجعلها عوضا عن الدين
اذ لو قلنا بذلك لما صح قبض المسلم فيه من جهة امتناع الاعتياض
عنها ولانها لو كانت بيعا لما دخلها الجبر ولما تعين حق كل واحد
منهما بالقرعة ولتبنى عليها الشفعة للثالث من الشركاء اذا تقاسم
شريكاه حصتيهما وترك حصته شائعة معهما برضاه اذ تظهر
جواز هذه القسمة كما ستذكره وهذا ما اختاره في المرشد وقال
الجيلي انه المختار في حلية الروياني واشار اليه في المحرر وقال ابن ابي الدم
انه الاصح عند العراقيين وعلى هذا قال فما امكن فيه القسمة
جازت قسمته اي وان لم نجز بيعه اذ لا مانع منها ويجوز ان يتفرقا في
قسمة الربويات من غير قبض ويقسم بالكيل والوزن على حسب
اختيارهما وهل يجوز ان يقسم بالخرص في نخله وشجره فيه قولان في

[هامش: عنه]

الحاوي

الحاوي قال والاصح من القولين انه يمتنع منه بالخرص في
قسمة الاجبار لان المقصود منها التحقيق المعدوم في الخرص
ويجوز بالخرص في قسمة الاختيار لانها محمولة على التراضي وحكى ابن الصباغ
القولين في باب زكاة الثمار في جواز قسمة ثمرة النخل خاصة وفي
المهذب والرافعي ان ثمرة الكرم والنخل يجوز قسمتهما خرصا كما يجوز
خرصها للفقراء وان ثمرة غيرهما لا تقسم خرصا لان الخرص لا يدخلها
وهذا يكون وجها ثالثا قال وما لا يمكن فيه القسمة كالارض مع البذر
والارض مع السنابل لا يجوز قسمته اي اذا اريدت قسمة المجموع
للجهالة بالمقصود وكذا لو اريدت قسمة البذر وحده او السنابل
وحدها لم يجز ايضا للجهالة نعم لو طلب احدهما قسمة الارض دون
البذر والسنابل اجبر الاخر ولو كان البذر قد طلع ولم يسنبل بل
هو بعد حشيشا جازت قسمة المجموع كما صرح به ابو الطيب وهل
قسمة الحشيش وحده على هذا القول الذي عليه نفرع لكن هل يجبر
الممتنع اذا اريدت قسمة الارض والحشيش قال في البحر قال بعض اصحابنا
لا يجبر لان الاجبار على ما سبق ويحتمل والصحيح انه يجبر والقول
الثاني انه بيع الحب لنصيب احدهما في الجانب الايمن بنصيب الاخر
في الجانب الايسر لان كل جزء مشترك بينهما فاذا اخذ احدهما
احد الجزئين فقد ابتاع حق صاحبه منه بحقه من الاخر وهذا اصح
عند صاحب التهذيب والحاوي واخرين ومنهم كما قال ابن ابي الدم
الامام والشيخ ابو علي وقال الماوردي في باب الربا انه المشهور
ونقل ابن الصباغ في باب زكاة الثمار عن المزني انه قال القسمة
بيع غلط والقائلون به اجابوا عن الاجبار وعن دخول القرعة
بان ذلك يجوز للحاجة الا ترى ان الحاكم يبيع مال المديون جبرا الاجل

[هامش: اي الجزء]

الحاجة ولا تخرجه ذلك عن ان يكون بيعًا وعلى هذا **قال** فما جاز
بيع بعضه ببعض جازت قسمته كالاراضي والحبوب والادهان
وغيرها ولعتبر في الربويات منها التقابض ومثل التفرق وان
تقع القسمة بمعيار الشرع وذكرت في باب الربا انه لا يثبت فيها خيار
الشرط وفي خيار المجلس مع فوايد اخر فلتطلب منه **قال** وما لا يجوز
بيع بعضه ببعض كالعسل الذي عقدت اجزاوه بالنار وخل التمر لا يجوز
قسمته حذرًا من الربا وكذا لا يجوز قسمة الثمار الرطبة قال القاضي
ابو الطيب وكذا الزرع الاخضر الذي في الارض لا تقسم ويعني عنها
على هذا القول لان بيعه لا يجوز الا بشرط القطع والقسمة لا تكون بشرط
القطع بل لا تكون الا مطلقة والبيع مطلقًا لا يجوز اما نصيب من حصل
له الجانب الايمن من الجانب الايمن وكذا نصيب من حصل له الجانب
الايسر من الجانب الايسر فالقسمة فيه اقرار على هذا القول ايضا
كما نبه عليه الرافعي والقاضي الحسين في التعليق بعد حكاية القولين
والاصح ان يقال القسمة تمييز واقرار يتعدى بغير لانه ما من جز الا وهو
مشترك بينهما فاذا اقتسما فما وقع في نصيب احدهما بعضه
يكون عوضا عما له في نصيب صاحبه وبعضه بغير له ما كان له
عند الشيوع وهذا الذي ذكره الشيخ من كون قسمة الرد بيع
وفيما عداها القولان هو المنقول في طريقة العراقيين لان القسمة
عندهم كما ذكرنا نوعان لا غير وقد يفهم من كلام البندنيجي حكاية
القولين في ان القسمة عندهم بيع او تمييز الحقين في قسمة الرد
ايضا فانه قال اختلف قول الشافعي في القسمة على قولين ثم قال
والقسمة ضربان قسمة لا رد فيها وقسمة فيها رد فالتي لا رد فيها
هي قسمة الاجبار وصورتها ما امكن تعديل السهام بالاجزاء او

بالقيمة

اخرى

بالقيمة من غير رد واما التي فيها رد فهو في قسمة التراضي
وصورتها ما لا يمكن تعديل الانصبا فيها بالاجزاء ولا بالقيمة
حتى يرد احدهما على صاحبه بدل الفاضل مما حصل في يده
من كلام الشيخ في هذا الباب ما يقوي هذا الافهام واما المراوزة
فلما جعلوا القسمة ثلاثة انواع قالوا قسمة الرد بيع كما قاله
العراقيون وما لا رد فيها ان لم يحتج فيها الى تقويم كقسمة ذوات
الامثال والبراح من الارض المتساوي القيمة ففيه القولان والاصح
منهما عند الغزالي في كتاب الرهن وشيعة النواوي الاول وقال الرافعي
انه الذي يوافقه جواب الاصحاب في مسايل متفرقة تتفرع على القولين
وذكر في الغرر ان الفتوى عليه واختلفوا في محل القولين فحكى البغوي
وشيعة في الحاوي على طريقين احدهما ان محلهما اذا اجريت القسمة بالاجبار
اما اذا اجريت بالاختيار كانت بيعًا وجهًا واحدًا والثاني انهما جاريان
في الحالين وهي التي صححاها وقد حكاها الرافعي عن رواية المحاملي وفي
تعليق الحسين ان الظاهر الطريق الاول وان لم يحتج فيها الى تقويم
القاسم في القسمة الى تقويم كالعبدين والدارين ونحو ذلك مما في بيعها
ففي الجواز طريقان على قولنا يجري الاجبار فيها كما هو الاصح عنده
وعند الشيخ ابي حامد احدهما القطع بانها بيع لافتقار الحس عن الجنس
وتمييز المشترك عن المشترك وهذا اصح عند الغزالي والثانية
اجرا القولين ايضا فيها اعتمادا على الاجبار على قسمته وهذه
ايراد صاحب التهذيب وابي الحسن العبادي اما اذا قلنا لا يدخلها
من التراضي قال الامام فالمذهب الذي يجب القطع به انها بيع
وابعد بعض الاصحاب فاجرى القولين في ذلك وقد يجريهما من
غير تراضي وقال الرافعي يشبه ان يكون الطريقان في الصورة الاولى

من ها

والوجيز

القاضي ح

مبنيين على ان هذه القسمة هل يجبر عليها ان قلنا نعم ففيها
القولان وان قلنا لا فهي بيع لا محاله وهذا منه دليل على انه لم
يقف الامام محل اجرائهما بقولنا بالاجبار عليها وقد اعترض
الامام على الاصحاب في اطلاقهم القول بان القسمة التي فيها رد
بيع وقال الوجه الذي نراه بناء هذا على الاجبار على القسمة وقد
قال الاصحاب لا سبيل الى الاجبار على بذل العوض اصلا وهل
يجري الاجبار على القدر الذي لا يحتاج فيه الى الرد بان يجعل العبد
المساوي بسمانه سهما ويجعل سهما به من العبد المساوي لالفا
سهما وسبع السبع في قدر ربعمايه فيه خلاف فاذا اعترض ذلك
قلنا القدر الذي يقابل العوض لا شك انه مبيع وما يجري فيه
بيع ومن سمى هذا القدر قسمة فهو متجوز او غافل وما لا يقابله
العوض فان قلنا يجري الاجبار فيه ففي ذلك القدر قولا الافراز والبيع
مذهبا واحدا وان قلنا لا يجري الاجبار فيهما ورد ذلك معنى القسمة
المفتقرة الى التراضي طريقان سبقا قبل بان هاهنا وقد بطل اطلاق
القول بالقطع بان القسمة المشتملة على الرد بيع وبان ان هذا التفصيل
لا بد منه ولم يذكر الاصحاب ايضا في كلام الائمة ما يدل عليه ولما
راى الغزالي ما قاله اقتصر على ايراده في الوسيط قلت وفيما قاله
الامام من التخريج نظر من حيث ان هذه القسمة اعتمدت التقويم
والتعديل فانا نجعل اربعة اخماس النفيس في مقابلة الخسيس وذلك
بتقويم وتعديل وقد حكينا عنه من قبل انها اذا احتاجت القسمة
الى تقويم وقلنا بالاجبار ففيه طريقين احدهما القطع بانها
بيع وهي التي صححها الغزالي والثانية اجرا القولين وان قلنا بعدم
الاجبار فالمذهب انها بيع وقضيه ذلك ان نعكس ما ابداه من

التخريج

من التخريج ويقال ان قلنا بعدم الاجبار فالوجه القطع بانها
بيع بناء على المذهب وان قلنا بالاجبار ففيها الطريقان والله اعلم
واعلم بان للقولين في ان القسمة بيع او افراز فوائد اخر منها
اذا وقف على قوم بعض ارض فارادوا قسمتها فان كان فيها طلقا
قال المراوزة ان قلنا انها بيع لم يجز والا جاز قال الرافعي حكاية عن
الروياني وهو الاختيار وقال في الحاوي هنا ان قلنا انها افراز
جازت هاهنا جبرا وان قلنا انها بيع ففي جواز القسمة قولان احدهما
لا يجوز جبرا ولا اختيارا تغليبا للوقف والثاني يجوز جبرا واختيارا
تغليبا للملك وقال في المهذب وتبعه في المرشد ان قلنا ان القسمة بيع
لم يصح وان قلنا تمييز الحقين نظرت فان لم يكن فيها رد صحت وان
كان فيها رد فان كان من اهل الوقف جاز لانهم يبتاعون الطلق
وان كان من اهل الطلق لم يجز لانهم يبتاعون الوقف وفي هذا نظر من
جهة انه يقتضي ان القولين في ان القسمة تمييز الحقين او بيع
جاريان في قسمة الرد ايضا قلنا ان كلام المصنف يقتضيه وان
قسمة الرد تكون بيعا في شيء دون شيء وقد حكينا عن العراقيين وغيرهم
ان القسمة التي فيها الرد بيع نعم هو موافق لما قاله الامام
تفقها واستنباطا من كلام الاصحاب وان كان باقي الارض وقفا ايضا
فان كان على جهة اخرى فقد قال الماوردي في باب الوقف ان قلنا
ان القسمة بيع لم يجز والا جازت اذا لم يكن رد وتكون القسمة في
الحال وفيما بعد وان كان على تلك الجهة بعينها قال في الوسيط
لم يجز قسمتها وان قلنا ان القسمة افراز لانه كالتغيير لشرط
الواقف وبهذا جزم القاضي الحسين والبغوي والماوردي
هنا قال وفيه وجه انه يجوز لانه قد يشرف على الانهدام

فيحتاج الى القسمة وهذا قول الشيخ ابي محمد وقال الامام في كتاب الرهن
ان ما يمتنع البيع منه يمتنع اجرا القسمة فيه قولان مبنيان على ان القسمة
افراز او بيع وقد يطرا على قول البيع في بعض الصور قول في جواز القسمة وذلك
لمكان الضرورة كما سنذكره في قسمة الوقف فانه على التابيد والشرط
القابض قل يحتمل اعطيناها ذا المنصوص صريح ظاهره انه يطلق جواز
القسمة ومنعها على القولين في ان القسمة بيع او ليست بيعا وهذا
منه يفهم ان الخلاف في جواز قسمة الوقف بعضه من بعض يأتي وان قلنا
ان القسمة بيع ويقوي هذا انه الحقه في باب القسمة بالخلاف في قسمة الرطب
في الزكاة اذا احتاج واقتضى القطاف قبل الاوان وان منعنا قسمة الرطب
للضرورة واذا كان هذا لا يتجه ان يجري الخلاف المذكور في قسمة الوقف
والطلق بعضها على قولنا ان القسمة بيع وقد حكى الماوردي الخلاف الذي ذكره
الغزالي في باب الوقف لكن فيمن يخالفه قولنا ان القسمة افراز وقال ان
وجه المنع مبني على القول بان رقبة الوقف لا تملك وان وجه الجواز
مبني على ان رقبته تملك وانما على هذا يكون لازمه للمتقاسمين من
اربابه غير لازمه لمن بعدهم من البطون ومنها ان المتقاسمين لو
تقايلا فهل يصح قال صاحب الحاوي والمهذب وغيرهما ان قلنا انها بيع صحت
وعاد الملك مشاعا كما كان وان قلنا افراز لم يصح واطلق في البحر القول بانها اذا
تقايلا عاد الاشاعة حكاه في الفروع المذكورة قبل باب الشهادات وقد
اتفقوا على ان احدهما لو وجد بما صار اليه عيبا كان له فسخ القسمة صرح به
البغوي والماوردي وغيرهما ومنها لو ارادوا قسمة المستاجر فان
قلنا انها بيع خرجت على القولين وان قلنا انها افراز فان لم يتضرر بها
المستاجر جازت والا فلا قاله في البحر ومنها لو قال والله لا ابيعت
شيئا فقاسم فان قلنا انها بيع ففي حنثه وجهان واقتضى ايراده ترجيح وجه

ان الخلاف

في البحر

عدم الحنث

عدم الحنث **قال** ويجوز للشركاء ان يتقاسموا بانفسهم ويجوز ان
ينصبوا من يقسم بينهم اي يجعلونه حاكما في القسمة ويجوز ان يترافعوا الى
الحاكم لينصب من يقسم بينهم لان المقصود يحصل بكل ذلك وفي تعليق
القاضي ابي الطيب حكاية قول انه لا يجوز ان يحكموا رجلا في القسمة فيجعلوه
حكما **قال** وان ترافعوا اليه اي الى الحاكم في قسمة ملك من غير بينة اي
وهو في ايديهم ولا منازع لهم فيه ولا بينهم وبين غيرهم في ملكه فقسمه
قولان احدهما لا يقسم بينهم لانه قد يكون الملك لغيرهم فاذا قسمه بينهم
كان متصرفا في ملك الغير قبل ثبوت موجبه وايضا فربما يتعلقون
بالقسمة ويعدونها حجة في ثبوت الملك وهم مبطلون مطلوبون ولا
حاجة الى هذا وهذا هو الصحيح عند الشيخ ابي حامد وطبقته كما قال
الرافعي وقد وافقهم النواوي والمنصوص عليه لكن في باتفاق الاصحاب
وقد حكاه ابن ابي الدم وجها والثاني يقسم لان اليد حجة على الملك
كالبينة ولو اقاموا بينة بالملك لقسم بينهم فكذلك ها هنا الا انه
يكتب انه قسم بينهم بدعواهم ليسقط الاحتمال الذي ذكرناه قال الامام
واحتمال كون الملك لغيرهم فيكون متصرفا قبل ثبوت موجبه مثل في جواز
دخول القاضي تلك الدار لعيادة ونحوها وما زال الاتقياء والابرار
يتعاملون دون ذلك ويبنون على ظاهر اليد وان لم تقم عندهم حجة
في الاملاك ... فان من باع دار الرجل واشهد على البيع
القاضي ... القاضي اقراره ولا يطالبه بتثبيت الملك قبل البيع
وهذا القول صححه الشيخ ابو حامد والامام وتبعه الغزالي وابن ابي الدم وميل
القاضي ابي الطيب وابن الصباغ اليه وعلى هذا قال الماوردي والروياني
يستظهر القاضي بامرين احدهما ان ينادي هل من منازع والثاني يحلفهم
انه لا حق لغيرهم لكن هذه اليمين واجبة ام مستحبة فيه وجهان وعلى الاول
لا يجوز له القسمة قبل التحليف وقد حكى الرافعي ان صاحب العدة النزر خشي

الملك

وجهًا أمده لا يحتاج القاضي إلى أن يكتب أنه قسم بينهم بدعواهم وهذه
الطريقة التي حكاها الشيخ لم يورد القاضي الحسين غيرها وحكاها الماوردي
عن الأكثرين وقال الرافعي إنها أظهر الطريقين والثانية حكاها القاضي
أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي وغيرهم القطع بالقول الأول
وبهذا قال أبو الطيب بن سلمة وأن القول الثاني ذكره حكاية لمذهب الغير
فإنه قال في المختصر بعد حكاية القول الأول وقد قيل يقسم ويشهد أنه
قسمها على إقرارهم ولا يعجبني ذلك قال في البحر وهذه الطريقة أصح وقد
فهم مما ذكرناه أنهم لو أقاموا البينة بالملك يقسم بينهم قولًا واحدًا وهو
المنصوص واعترض ابن سريج فقال إنما أقام البينة وليس على خصم ولا خصم
هاهنا وأجاب ابن أبي هريرة بأن القسمة تتضمن الحكم لهم بالملك وقد يكون
لهم خصم غائب فتسمع البينة ليحكم لهم عليه وفي هذا الجواب نظر وهي
في البينة شاهد وامرأتان قال الزبيري لا أحلف شاهد ويمين لأن اليمين
إنما تشرع حيث يكون هنا خصم يرد عليه إن رضي بنكول وعن ابن أبي هريرة
أنه يحكم قلت وهو موافق لجوابه السابق والإمام اعترض عن ذلك
وقال إن ثبت عند القاضي ملكهم بطريق من الطرق أجابهم ثم لعل أن
الخلاف في جواز إقدام القاضي على القسمة في مسألة الكتاب إذا جاؤوا
إليه راضين بها أما وجوبها عليه فلا خلاف في عدمه كما قاله القاضي
الحسين والفوراني وصاحب البحر وعكس الإمام فقال ليس يتجه عندي
للامتناع عن القسمة وجه نعم يجوز القطع بجواز القسمة وأما وجوبها
ولم يثبت عند القاضي الملك فيه تردد من جهة أن الوجوب يجوز
أن يستدعي موجبًا فأما الجواز فيكفي فيه ظاهر الحال وحكى في حالة
مجيء الكل منهم طالبًا وامتناع الباقين طريقين أحدهما الحسبي في هذه
الحالة لتنقطع الخصومة والثانية طرد القولين أما إذا كان ثم منازع
في الملك ففي الحاوي أنه لا يجوز للحاكم إذا احتكموا إليه مع البينة أن يقسمه

بينهم

بينهم مع ظهور المنازع إلا ببينة يستحق بها لهم وهذا مما لا
يختلف فيه قوله لأن قسمة الحاكم إثبات للملك واليد يوجب إثبات
التصرف ولا يوجب إثبات الملك وهذا فيما لو كانوا تنازعوا في ذلك
فادعى كل واحد منهم ملك الجميع فإن الحاكم يجعله في أيديهم ولا يجوز أن
يقسمه بينهم إن سألوه لأن في تنازعهم إقرارًا بسقوط القسمة بعد
لو تقاسموا بأنفسهم لم يمنعهم وادعى في البحر أنه لا خلاف فيه

يمكن
اقرارا

تنبيه قول الشيخ في ملك يشمل ما إذا كان المتنازع في عقار أو غيره
من المنقولات ولا شك في جريان ما قلناه في العقار وأما في المنقولات
فقد حكى ابن يونس فيها طريقين أظهرهما وإليه الرافعي وبه جزم البغوي والبند
وغيرهما أنها كالعقار والثانية القطع بأنه يقسم جوازًا لكن ...
العقار يأمن ضرره فيكون أحرى بالاحتياط ولأن الخصم يأمن الشفعة

بيجي

قال فإن كان في القسمة رد اعتبر التراضي في ابتداء القرعة لأنه لا إجبار
فيما كان يعدم وما لا إجبار فيه يعتبر فيه التراضي كالبيع قال وبعد الفراغ
منها على المذهب لأن القسمة المشتملة على الرد بيع ولا بيع لا يحصل
بالقرعة فافتقر إلى التراضي بعدها كالمبيع وإلى هذا أشار الشافعي
بقوله في المختصر وإن كان في القسمة رد لم يجز حتى يعلم كل واحد منهم
موضع سهمه وما يلزمه ويسقط عنه فإذا علمه كان كالبيوع الذي
يجوز أحرانه إلا بالقرعة قال وقيل لا يعتبر التراضي بعد خروج
القرعة أي بل قبلها بمن خرج له الأكثر بدل ما يقابل الزيادة قياسًا على
قسمة الإجبار فإن القرعة فيها لازمة وهذا قول الإصطخري وضعفه
الأصحاب وفرقوا بأن هذه القسمة تعتبر التراضي في ابتدائها بخلاف
قسمة الإجبار تنبيه ظاهر قول الشيخ يقتضي أمورًا أحدها إجراء
القرعة في قسمة الإجبار وهو الذي جزم به البندنيجي وغيره وفي الحاوي

عند خروجها ع

انهم لو تراضوا باخراج القرعة ففي حصول الافراز وجهان احدهما
لا يجوز لانه بيع والبيع لا يجوز بالقرعة والثاني يجوز تغليبا لحكم القسمة
واعتبارا لما تراضيا به الثاني حيث يجوز الافراز ولا فرق في اعتبار
التراضي بين ان يكون المخرج لها قاسم من جهة الحاكم او غيره وفي الحاوي
ان المخرج لها ان كان قاسما من جهة الحاكم فلا خيار لهم بعد القرعة
وان كان من قبلهم ثبت لهم الخيار بعد القرعة وهل هو خيار عيب
فيكون على الفور او خيار مجلس فيكون على التراخي الى ان يتفرقا فيه وجهان
الثالث انه يكفي فيها التراضي دون الاتيان بلفظ البيع او التمليك وهو ما
ادعى الرافعي انه الظاهر ولم يذكر الماوردي سواه فانه قال وتتم القسمة
بينهم بالتراضي بعد القرعة بالقول لان البيع لا يصح الا باللفظ ولو تلفظوا
بالرضا جاز لجريان البذل والقبول في الصفقة كما قاله غيره
ان يقول كل واحد منهما انني رضيت بهذه القسمة او بما اخرجته القرعة او
بما جرى وفي المهذب والكافي انه لا بد من لفظ البيع او التمليك في هذه
القسمة ونظر فيه كل قسمة يفتقر الى التراضي **قال** وان لم يكن فيها رد مقصودهما بتعطيلها
فان تقاسموا بانفسهم لزم ذلك باخراج القرعة لحصول المقصود ويعلم
وهذا الذي اراده ذكره هكذا في غير هذا الكتاب بل المنقول في تعليق
البندنيجي انه لا بد من الرضا بعد خروج القرعة قولا واحدا وفي
النهاية ما يقرب منه فانه قال لا بد في هذه الصورة من الرضا بعد
القسمة اذا لم يتوسط بينهما حاكم يكون قسمته مستندا ارضاهما
ثم قال هذا هو الظاهر وفيه احتمال فانه لو توسطهما فاستعملا لكان
التعويل على قسمته لا على عينه وفي تعليق البندنيجي في موضع اخر
من الباب ان كل قسمة شرط التراضي في ابتدائها فهل يفتقر الى
الرضا في انتهائها وهو ما بعد القرعة فيه وجهان سواء كان

سارد

فيها رد او لم يكن **قال** وان نصبوا من يقسم بينهم اي فلا يعتبر
التراضي بعد خروج القرعة على المنصوص لان هذه قسمة
لا بد فيها من اصل التراضي فكذلك في لزومها كالقسمة بالرد
وهذا ما قطع به الماوردي كما قال الامام وبه اجاب الشيخ ابو حامد
كما قال الرافعي وقال انه الذي مال اليه المعتبرون وعلى هذا فهل
يكفي ان يقول كل واحد بعد خروج القرعة رضيت بهذا او ما في
معناه من غير اشتراط ذكر القسمة اذا كان صدر القسمة قد صدر
عن تراض ام لا بد ان يقول رضيت بهذه القسمة او قاسمتك او يذكر
عبارة عن مقصود القسمة من التمييز والتفاصيل وما اشبههما فيه
وجهان حكاهما الامام عن العراقيين واشار في الوسيط الى انهما
مبنيان على قولنا ان القسمة بيع وحكى الامام عن العراقيين وجها
اخر ان الشركاء اذا استمروا على التراضي حتى خرجت القرعة لزم حكمها
لهم كالواحد بنوا التراضي بعد القرعة وهو ما اعتبر عنه الغزالي
بقوله انه يكفي عند العراقيين السكوت بعد خروج القرعة وبين النقلين
فرق بين وحكى الامام خلافا في عدم اشتراط الاتيان بلفظ
البيع او التمليك اذا اشترطنا الرضا بعد القرعة وقال في الوسيط
ان العراقيين اجمعوا على ذلك وان قلنا ان القسمة بيع وفي المهذب
والكافي حكاية وجهين في اشتراط ذلك بناء على قولنا ان القسمة
بيع او افراز والبغوي بعضهم رجح الاشتراط ونقل فيه قول مخرج
من التحكيم انه لا يعتبر التراضي لان القاسم مجتهد في تعديل
السهام والاقراع فلزم الرضا بعد قرعته كالحاكم وهذا متفرع
على القول الصحيح الذي جزم به المختصر في جواز التحكيم في الاموال
اما اذا كان وكل نصبوا من يقسم بينهم وكيلا عنهم فلا يلزم

قسمته الا بالتراضي بعد اخراج القرعة جزما صرح به القاضي
ابو الطيب وتبعه ابن الصباغ وسنذكره ثانيا العرض فيه قال وان
تراضوا الى الحاكم فنصب من يقسم بينهم اى قسمه هو مخير فيها
لزم ذلك باخراج القرعة لان به يتحصل مقصود الاجبار ولانه لما لم
يعتبر التراضي في ابتدائها لم يعتبر في انتهائها ولان قرعة القاسم
من جهة الحاكم كحكم الحاكم الصادر عن الاجتهاد ومن هذا الوجه
الحق الشافعي القاسم بالحاكم حيث قال القسام حكام كما قاله القاضي
ابو الطيب والحسين وابن الصباغ والبندنيجي قال لانه اراد تشبيهه
بالحاكم من هذا الوجه وفي اشتراط العدالة اى جميع الصفات وفي
الحاوي انه انما قال انهم حكام لامرين احدهما انهم يوقعون القسمة
جبرا كما يجبر الحاكم في الاحكام وهو راجع الى ما قاله الاولون والثاني
انهم يستوفون الحقوق لاربابها كما يستوفيها الحاكم وفي النهاية
اما اذا قلنا ان القسمة الجبرية بيع فلا يبعد ان يجبر كل واحد على ان
يقول بعت ما لي في نصيبك بما لك في نصيبي ثم قال وهذا لم يشترطه
احد من الاصحاب قال ولا يجوز للحاكم ان ينصب للقسمة الا حرا اى
كامل الحرية بالغا عاقلا عدلا لان هذه ولاية من جهته ومن لم يتصف
بذلك فليس باهل للولايات عالما بالقسمة اى بمعرفة بالحساب
والمساحة لانها آلة القسمة كما ان الفقه آلة القضاء واعتبر
الماوردي والبغوي في هذا الباب وراء ذلك ان يكون قليل الطمع
نزه النفس حتى لا يرتشي فيما يلي ويخون وقال الماوردي وغيره عند
الكلام في صفة كاتب القاضي ان الشافعي قال والقاسم في صفة
الكاتب عالما بالحساب لا يخدع ثم قال وهذا صحيح لان القاسم
امين الحاكم فوجب ان يكون على صفات الكاتب من العدالة والامانة

واستكمال

واستكمال الاوصاف الاربعة اى المذكورة ثم ويزيد عليها ان يكون
عارفا بالحساب والمساحة وان يكون عارفا بالقيم فان خفيت
عليه القيم احتاج الى اجناس المقومين لم يكن ذلك تقصيرا في صنعته
ورجع الحاكم في التقويم الى غيره والقاضي ابو الطيب والبندنيجي قالا لا
يجب ان يكون عارفا بقيم الاشياء التي يقسمها لانه يحتاج الى
تعديلها فان لم يكن عارفا بذلك جاز ويسال مقومين عدلين عن
قيمة ما يقسمه اذا اراد ان يقسم وتبعهما في ذلك ابن الصباغ وفي
تعليق القاضي الحسين حكاية وجهين في احتياج القاسم الى معرفة ذلك
وحكاهما الرافعي عن رواية ابي الفرج الزاز وقد استغنى الشيخ وغيره عن التصريح
باشتراط الذكورة وان كانت معتبرة كما صرح الرافعي باطلاق ما ذكره
فان المفهوم منه الذكورة على ان في بعض النسخ ذكرها اما الشركا اذا
ارادوا ان يقسم بينهم فان لم يجعلوه حكما في ذلك بل وكيلا جاز ان
يكون عبدا او فاسقا كما صرح به البندنيجي والقاضي ابو الطيب وابن الصباغ
وافهمه كلام الماوردي ووجهه القاضي بانه نائب عنهم في القسمة
ووكيل لهم فيها ولو اقتسموا هم جاز ذلك على اى حال كانوا فكذلك
اذا وكلوا رجلا عنهم في القسمة جاز على اى حال كان وقال غيره انه
اذا قسم واقرع بينهم لم تلزم القسمة حتى يقع التراضي بها بين الشركا
بعد الاقراع وعلى هذه الحالة يحمل كلام الشيخ في المهذب وفي الرافعي
انه ينبغي ان يكون توكيل العبد في القسمة على الخلاف في توكيله في
البيع والشرا وان كانوا قد جعلوه حكما بينهم في القسمة فقد اطلق
البندنيجي والقاضي ابو الطيب وصاحب المرشد القول باعتبار
صفات القاسم المنصوب من جهة الحاكم فيه وقال ابن الصباغ
بعد حكاية ذلك ايضا ينبغي اذا قلنا لا يلزمهم الا قسمته الا بتراضيهم

ان لا يشترط في الاثنين الحرية والعدالة قلت وفيما قاله نظر اذ
بل لا يبعد جواز ذلك وان قلنا لا بد من التراضي بعد القرعة لان
القايل بذلك جعل تمام التحكيم موقوفا على هذا الرضا كما قال
بمثله في التحكيم في الاموال واذا كان كذلك فالقسمة الواقعة من
المحكم اذا رضي بها المحكم في الاموال الشركا بعد الاقراع قسمة من
حاكم فلا تعتبر فيه صفات الحكام كما انا لا نعتبرها في المحكم في
الاموال وان لم نلزم حكمه الا بالرضا بعده والله اعلم قال وان لم يكن في
القسمة تقويم وقد امر بها الحاكم جبرا جاز قاسم واحد لان قسمته
تلزم بنفس قوله كحكم الحاكم فاكتفي فيها بالواحد كالحكم وهذا ما
اورده القاضيان ابو الطيب والحسين والبندنيجي والمعظم كما قال الرافعي
وبه قطع فالطعون في قسمة العراق ان في القاسم حاكم وفي الحاوي انه
قال في موضع اخر اذا دعا الشركاء الى القسمة تحريا او تعديلا امر الحاكم الشركا
ان يجمعوا على قاسمين ظاهره هذا انه لا يجزي قاسم واحد وافهم ذلك
قال اهل الاصحاب في المسالة قولان احدهما يجزي قاسم واحد كما يجوز
حاكم واحد ويجوز ان واحد والثاني لا يجوز اقل من قاسمين كما لا يجزي
اقل من مقومين وكما لا يجوز في جزا الصيد اقل من مجتهدين ولا يمتنع
اذا كان القاسم كالحاكم ان يجمع فيه بين اثنين كما قال تعالى فابعثوا
حكما من اهله وحكما من اهلها والغزالي حكى القولين وقال ان ماخذهما
ان منصبه منصب الحاكم او منصب الشاهد وحكى الماوردي عن بعضهم
انه منع الخلاف في المسالة ونزل النصين على حالين فقال ان كان في
الشركا طفل او غايب لا يجب عن نفسه لم يجز اقل من قاسمين
وان كانوا حضورا الحيسون عن انفسهم اجزا قاسم واحد وفي
النهاية ان صاحب التقريب قال ان كان في الشركا طفل او مجنون

فلا بد

فلا بد من قاسمين وان لم يكونوا فعلى قولين ثم قال وهذا التفصيل
فقيها حسنا فان ما يرجع من الحدود في البينات من الحيطة بامثال
ما ذكره وبهذه الطريقة تحصل في المسالة اربع طرق قال وان
كان فيها تقويم لم يجز الا قاسمان لان التقويم لا يثبت الا باثنين
وهذا ما حكاه الماوردي والبندنيجي وصاحب التهذيب والكافي
والبحر وقضيته ان الحاكم لو فوض للقاسم سماع البينة بالتقويم
وان يقسم وحده بعد ثبوت ذلك عنده انه لا يكتفي بذلك وقد
قال الامام ان ذلك سايغ وعليه ينطبق ما حكيناه عن القاضي
ابي الطيب وغيره عند الكلام في صفة القاسم ثم حكى تفقها على ما
قاله الشيخ وغيره سوال وجواب يتحرك بهما فوايد فيقال لو فوض
الحاكم الى مقوم ان يحكم بما لتقويم باجتهاده لم يكتف كما راه الامام
والمجل سواه وتبعه الغزالي في ذلك واذا كان كذلك فينبغي اذا
كان القاسمان هما المقومان كما هي صورة الكتاب ان لا يجوز ايضا
بناء على هذا الاصل الذي اشار به هذه الصورة كما ذكرناه ان كان
الحاكم قد فوض امر التقويم اليهما موافقة احدهما للاخر في
الاجتهاد دون ذلك لا يوجب ثبوت القيمة التي يترتب عليها القسمة
وانما قلنا انها لا توجب ثبوت القيمة لان كل واحد منهما في نفسه
قد قلنا انه لا يجوز ان يعتمد في حكمه بالقيمة على اجتهاده خاصة
وصاحبه ان يشهد عنده اشترط الشهادة فلا يثبت القيمة به وجه
فانه لا خلاف على المذهب انها لا تثبت باقل من اثنين فلم يوجد
ما يقتضي الثبوت ولا يقال ايضا يتخرج الحكم في مثل هذه الصورة
بالقيمة على خلاف سبق ذكره في انا اذا قلنا لا يقضي القاضي بعلمه
فيشهد شاهد عنده على علمه هل يقضي اذا كان ام لا لان

المستند بغير العلم وهنا هو ظن ولا خلاف عندهم ان القاضي
يقضي بظنه المستند الى قول غير شاهدين او شاهد ويمين ونحوهما
الا ان التعديل على راي قطع به بعضهم لاتساع النظر في التعديل
والجرح وخروجهما عن الضبط وليس التقويم كذلك فانه امر قريب من
الضبط والرجوع فيه الى معرفة قيم الامثال بعد تبين الصفات وطريق
الجواب ان يقال ما ذكره الامام وغيره من منع تفويض الحكم في
التعديل الى شخص باجتهاده مفروض فيما اذا فوض اليه التقويم خاصة
ليخبر به القاسم او الحاكم اما اذا كان هو القاسم فعند المنع ذلك فان
ثبوت القيمة يقع ضمنا والتابع قد لا يشترط فيه ما يشترط في المقصود
ومما يشير لذلك ان الامام جزم القول بان القاضي لو فوض الى شخص
التزكية لا يجوز ان يحكم فيها باجتهاده ان حاصل ذلك يرجع الى رد
شهادة من كذا الى واحد وذلك غير محتمل فيما يشترط فيه العدد وجزم
هو وغيره بان القاضي ان يحكم في التعديل باجتهاده موقوف ان يقع
التزكية مقصوده ويمتنع ان تقع تابعة لحزبها فلذلك نقول هنا وان
قلت باب التفويض مغاير لذلك فان الاصحاب سووا فيه بين من فوض اليه
التعديل وبين القاضي في كون كل واحد منهما لا يقضي فيه باجتهاده
واذا كان كذلك لم يحسن ما قلته قلت قد حكى الامام عن الاصحاب
في ان القاضي هل يقضي في التقويم باجتهاده طريقين احدهما القطع
بالمنع لان القاضي ليس له ان يقضي بما لا يتحققه ويعلمه بنفسه ببصيرة
وهذا امنه والثانية طرد القولين في القضاء بالعلم فان قلنا بالجواز
اندفع السوال من اصله وان قلنا بالمنع فجوابه انا ذكرنا ذلك على
سبيل الاستيناس لا انه دليل الحكم واذ قد بطل كونه مستانسا
به لم يضرنا ذلك في الجواب والله اعلم وقد جمع في الذخاير بين هذه

المسله

المسله والتي قبلها وقال في اعتبار العدد لاصحابنا
اربع طرق احدها وهو طريقة العراقيين ما ذكره البحر د.
والثانية ان كان فيها تقويم فلا بد من اثنين وان لم يكن فيها تقويم
فقولان والثالثة ان المسله على قولين من غير تفصيل احدهما
يكفي واحد كالقاضي والثاني لا بد من اثنين والرابعة
قالها صاحب التقريب ان تعلقت القسمة بصبي او مجنون فلا
بد من العدد والا فلا وهذا الذي ذكره بعضهم ان القسمة اذا كان
فيها تقويم يجي فيها الطريقة الثالثة والرابعة ولم ار ذلك في غيره
قال وان كان فيها خرص ففيه قولان اصحهما يجوز واحد لما روت عائشة
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يبعث عبد الله بن رواحة خارصا فكان
يخبر اليهود ويقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلي ولان الخارص
لا يخلو عن نوع مجازفة فلو فرضنا خارصين لبعد اتفاقهما
وفيه تعطيل التعويل على الخرص والثاني لا يجوز الا اثنان الحاقا
له بالتقويم لشبهه به قال الامام وهو القياس وليس يتجه
بين التقويم والخارص فرق فان كل واحد منهما يبنى قوله على
التخمين والحدس مع الاستمساك بصفة عنده والقايلون
بالاول وهو الصحيح عند النواوي وغيره فرقوا بان الخارص
يجتهد ويعمل باجتهاده فكان كالحاكم والمقوم يخبر بقيمة الشي
فهو بمنزلة الشاهد فاحتيج الى اثنين اما اذا لم تكن القسمة
بامر الحاكم بل المفوض لها الشركا فعن الحاوي والبحر انهم يحملون في
العدد على ما اتفقوا عليه من واحد او اثنين كما حملوا فيه على
اختيارهم القاسم وان لم يكن مختارا فلا او لا يقبل الحاكم قول

هذا القاسم لانه ليس بنايب عنه ولا تسمع شهادته لانه
شاهد على فعل نفسه وسائر الكلام في هذا ان شاء الله تعالى
فرع حيث قلنا انه يكفي قاسم واحد فيقبل الحاكم قوله وحده لاستنابته
له كما يقبل قول خلفائه وحيث قلنا لا بد من اثنين لم يقبل قول
الواحد ويقبل قول الاثنين قاله في الحاوي والبحر ثم قال الروياني
ولا يفتقر قول القاسم الى لفظ الشهادة وقال بعض اصحابنا فيه
وجهان وليس بشي وكانه والله اعلم اشار الى الفوراني لان
الوجهين في الابانة **قال** واجرة القاسم اي المنصوب من قبل القاضي
من بيت المال اي من سهم المصالح لان نصبه من المصالح قال القاضي
ابو الطيب والشيخ وابن الصباغ والامام ان يستاجره باجرة
مقدرة او يجعل له رزقا من بيت المال راتبا لانه بمنزلة الحاكم
وقد كان لعلي قاسم هو عبد الله بن يحيى وكان يعطيه رزقه من بيت المال
وفصل الماوردي فقال ان تبرع بالقسمة والطلب فرضا رزقهم مما هو
من سهم المصالح وان قلنا اعطوا منه اجرة قسمة وعن شرح مختصر
الجويني حكاية وجه عن ابي اسحق انه لا يرزق القاسم من بيت المال لانه
لا يحتاج الى سوع النفس والعمل بخلاف القاضي **قال** فان لم يكن فعلى الشركاء
اي ان لم يجد او امتنع لانه عمل لهم قال الماوردي ولا يمنع نيابة القسام
عن القضاة ان يتعاضوا عن القسمة بخلاف القضاة الممنوعين من
الاعتياض على الاحكام من الخصوم لوقوع الفرق بينهما من وجهين احدهما ان
في القضاء حقا لله تعالى فمنع به القضاة من الاعتياض عنه والقسم
من حقوق الادميين المحضة فجاز للقسام الاعتياض عنها
والثاني ان القاسم عملا يباشره بنفسه فصار كصانع الاعمال
في جواز الاعتياض عنها والقضاة مقصورون على الاوامر

والنواهي

والنواهي التي لا يصلح الاعتياض عنها وفي البحر فرق اخر
وهو ان القضاة يعملون للشرع وينوبون عن كافة المسلمين فان
الحكم من فرايض الكفايات والقسمة لا تعرض على الاعيان ولا
على الكفاية **قال** ويقسم عليهم على قدر املاكهم لانها مؤونة
لزمت للملك المشترك فوجب ان تقسط على قدر الانصباء كنفقة
العبد المشترك والبهيمة وهذا ما حكاه العراقيون والماوردي وهو
المنصوص في المختصر وحكى المراوزة مع هذه الطريقة طريقة اخرى
وهي اجراء القولين في المسالة احدهما انها على الانصباء والثاني انها على
عدد الروس قال القاضي الحسين وهما مبنيان على ان الشفعة تقسم
على قدر الانصباء او على الروس وعنه قولان سبقا على وقد حكيت
عنه في باب الشفعة ان القولين في ان الشفعة تقسم على قدر الانصباء
او على عدد الروس مبنيان على القولين في ان مؤونة القسمة تكون على
قدر الانصباء او على الروس وهذا متناقض فليت شعري ما الصحيح من
البنائين وقد تمسك بعضهم في جعل مؤونة القسمة على عدد الروس
بان العمل في النصيب اليسير كالعمل في النصيب الكبير لانه لا يتميز احدهما
عن الاخر الا بالعمل في الجميع واذا كان العمل فيهما واحدا استويا في
الاجرة وبعضهم قال العمل في اليسير اكثر منه في الكثير لان الحساب
في الجزء القليل اغمض وان القسمة تقع بحسب اقل الاجزاء فان لم
يحصل لمن قل نصيبه زيادة فلا اقل من التساوي والاصح
باتفاق الاصحاب الطريق الاول لانه قد يقل سهم احد الشريكين
حتى يكون سهما من مائة فلو الزم نصف الاجرة لجاز ان تستوعب
قيمة ملكه فيودي اجارة ملكه بالقسمة الى ازالة ملكه بها
وهذا مدفوع في المعقول والقايلون به في حواشيه وفي الشفعة

فبقي تحصل به الجواب عما ذكره من انتصر للقول الثاني بما ذكرناه
اولا وهو ان الشفعة شرعت لازالة الضرر وقطع الضرر الدخيل
وضرر صاحب اليسير اكثر من صاحب الكثير فاستويا في حق الشفعة
واجرة القاسم تستحق بالعمل والعمل لصاحب الكثير اكثر فانه يكيل لصاحب
العشر مرة ولصاحب الباقي تسع مرات وان كان ذلك من ارض فانه
اذا فرغ من العمل والتمييز يعلم ان العمل الذي وقع في احدهما اكثر فانه
اذا ذرع ذراعا كان سدسه لصاحب السدس وخمسة اسداسه
لصاحب الباقي فوجب ان تكون الاجرة على قدر الانصباء وان كان العمل
لا تمييز الا بين اثنين الا ترى انه اذا استاجرا راعيا يرعى لهما ماية شاة
بينهما ولاحدهما عشرها فالاجرة تكون على الانصباء وان كان حفظ العشر
منها لا يحصل الا بحفظ الجميع ومراعاته هذا قاله ابو الطيب ولتعلم
ان المسئلة مصورة بصورتين احداهما ان يكون الحاكم قد امر بالقسمة ولم
يسم للقاسم شيا فان اجرة المثل كما قال الماوردي وصاحب البحر واجبة
له عليهم وفي هذه الحالة لو تولى القسمة اثنان استحق كل واحد منهما اجرة
مثله وفي معنى هذه الصورة ما اذا دعى الشركاء القاسم الى القسمة ولم
يسم له اجرا وقلنا باستحقاقه الاجرة اما على وجه مطلقا او على وجه
ان كان القاسم معروفا باخذ الاجرة دون ما اذا كان لا ياخذها كما حكاه الماوردي
الثانية ان يستاجره الشركا بعقد واحد باجرة مطلقة فتستحقها
عليهم وهذه الصورة اوردها العراقيون والمراوزة ولو كان المستاجر
فيها على القسمة اثنين استحقا المسمى لا غير وفي قسمه اقتسامهما
اياه وجهان في الحاوي احدهما انه يقسم بينهما نصفين اعتبارا بالعدد والثاني
انه يقسم على قدر اجرة مثلهما اعتبارا بالعمل ولو استاجر كل واحد
منهم القاسم في حصته خاصة دون شركايه قال الماوردي والبندنيجي

قال

وابن الصباغ وغيرهم فهذا جائز ويختص كل واحد منهم التزام
ما سماه ولا فرق بين ان يتساووا فيه او يتفاضلوا وهذا مما لا
خلاف فيه عندنا وعليه نص الشافعي وفي النهاية ان هذا الظاهر
فيما اذا فرض اجتماعهم على الاستيجار قال الرافعي بان قالوا
استاجرناك لتقسم بيننا كذا بدينار على فلان ودينارين على
فلان او وكلوا وكيلا فعقد لهم كذلك والصورة الاولى هي التي
نص عليها كلام ابي الطيب قال الامام اما اذا فرضت عقود
مترتبة بان استاجر صاحب النصف القاسم على تمييز حصته ثم
استاجر صاحب الثلث على تمييز حصته ثم استاجره استاجر
صاحب السدس على تمييز حصته ففيه سوال ابداه القاضي الحسين في
صحة اجارة الاخير لان الاولين لما استاجراه لافراد نصيبهما صار
افراز نصيبه ايضا مستحقا عليه اذ لا يتاتى افراز نصيبهما الا بافراز
نصيبه فاذا استاجره صادفت الاجارة عملا مستحقا عليه لغيره
فاشبهت الاجارة على الاجارة واجاب عنه بان افراد النصيبين من
غير عمل في نصيب الثالث بالمساحة والتحطيط لا حل لها وادخال السهم
في البنادق والقرعة مما لا يتاتى وهذه الاعمال غير مستحقة عليه بالاجارة
من جهة فيصح استيجار الثالث عليها قال الامام وهذا لا يدرا
الاشكال ويحصل الجواب ان استيجار الاولين لا يتم الغرض منه ما
لم يستاجر الثالث فان هذا مفروض في غير الاجبار وهو يتاتى التمييز
الا بالتصرف في حصة الثالث ولا مساغ للتصرف في ملك الغير الا
برضاه ولو فرض الكلام في حالة الاجبار من جهة السلطان فقد يرد
المونه عليهم على اجتماع كما تقدم وليس ما نحن فيه نعم المسئلة في
غير صورة الاجبار ان كل واحد من استيجار الاول والثاني يحيل عن
التصرف

التصرف فان القسمة من ضرورتها بسط العمل على الحصص وفي أنّ
المالك قبل القسمة غير متميز فعمل القسام غير متميز وحينئذ فما يراد
بعض الشركا بالاستيجار على المتميز حصته باطل ولو اراد احدا ان
يستاجر ليغرم تمام الاجرة عن الكل فان لم يرضوا فليس للماذون له
وان رضوا فهو متبرع عليهم متطوع عنهم في الاستيجار فيصح قال
وكل الجميع وكيلا في الاستيجار عنهم يتفاوت في الاجرة ففعل ذلك
في عقد واحد فان يجملها استحق دفعه واحده لهم وغايته يحتمل
شيوع في العمل المستحق والحصص والبسط ذلك فقال الشيخ ليراحد
ان ينفرد بالاستيجار بغير اذن الشريك لان تردده في الملك المشترك
ممنوع بدون الاذن فيكون العمل ممنوعا والاجارة فاسدة بل
يتفقون واحد باذن الباقين او الوكيل باذن الجميع وفي البحر انه لو قال
اجرني نفسي مثل الاجور لنفسك وهو الضعيف هذه الدار على كذا اصح
ان رضي الباقون بالقسمة او كان بحيث لا يحتاج الى رضاهم فاما حيث
يحتاج الى الرضا ولم يرضوا بعد فعقده فاسد في نصيب هذا والله اعلم
اما اذا عدل الشركا عن القاسم المنصوب من جهة القاضي الى
قاسم ارتضوه فاجرته عليهم وان كان في بيت المال فضل وتحمل على
جميعهم وان كان الطالب احدهم واجبروا عليها كما صرح به السرخسي
والروياني وغيرهما وعن ابن سريج رواية وجه عن ابن القطان انها على
الطالب خاصة والمشهور الاول وعلى هذا فلا فرق بين ان
يكون على الممتنع ضرر اولا وسواء كان يتيما اولا وفي الحاوي وغيره
انه اذا كان الشريك الطالب يتيما وعليه ضرر في القسمة قال الشافعي
في بعضها من ان احمل عليه شيئا وهو مما لا يرضى له شيء وان الاصحاب
اختلفوا فيما اذا اشار بها بعضهم اشار الى اصل القسمة فخرجها

على وجهين احدهما يمنع الطالب والاخر يجاب وهو الذي
اورده الغزالي والامام قياسا على رد النبي عليه بالعيب
وقال الاخرون اشار الى اجرة القسمة لان القسمة لا تمنع لحق الصغير
اذا اجبر بالتخير لان الصغر لا يمنع الحقوق فيكون في لزوم الاجرة
له وجهان احدهما يلزمه الحاكم فيسقطه منها مع علمه حظه والثاني
يقول الحاكم للطالب ان اردت القسمة التزم المؤنة وهذا ما اجاب
به في العدة وقال الغزالي انه اصح القولين والى ذلك اشار في البحر
بقوله ان هذا اختيار اكثر اصحابنا بخراسان والاول الامام قال
بعد حكايته عن رواية صاحب التقريب القاضي انه ضعيف لا اصل له
وان من القائلين به من طرده وان لم يكن في القسمة ضرر على الطفل
وطلب من وليه القسمة وهذا على نهاية الضعف قلت وهو
راجع الى الوجه المحكي عن ابن القطان قال وان طلب القسمة احد
الشريكين وامتنع الاخر نظرت فان لم يكن على واحد منهما ضرر
كالحبوب والادهان والثياب الغليظة اي التي لا تنقص قيمتها
بالقطع والاراضي والدور اجبر الممتنع لان الطالب يطلب
الانتفاع بماله على الكمال والخلاص من سوء المشاركة فاجيب
اليه لامكانه من غير اضرار بشريكه ولو اختلط له درهم بعشرة
دراهم لغيره قال له ابو الطيب وهذه القسمة تسمى قسمة الافراز والا
ويتناول ذا المتساوي الاجزاء حتى قال القاضي الحسين انها تجري
في الكرباس المسلوك في قالب واحد بخلاف ما لو اشتمل له
لتفاوت القوالب فان يكون كالعروض ولا فرق فيها بين ان
يتساوى الشريكان في الملك او يختلف حصتهما وعن ابن سريج رواية
رواية وجه عن ابن ابي هريرة انه لا اجبار على تفاوت الانصباء لانه لا

يمكن ان يدفع الى صاحب السدس الجزء الثاني ولا الجزء الخامس والما
حسن الاجبار اذا استوى الشريكان في احتمال اخذ كل واحد من الاجزاء
وهذا التعليل يشعر باجرا هذا الوجه فيما اذا لم يكن في الملك سوى شريكان
وان اختلفت حصتهما والمذهب انه لا فرق بين ان يكون في الملك شريكان
او شركا وعلى هذا لو كان الشركا في مثل هذه الاحوال ستة على التساوي
والممتنع خمسة قال في الحاوي قسم اسداسا وافرز للطالب سدسه
وكان خمسة اسداسه مشتركا بين الباقين ولو كان الطالب اثنان منهم
ليحوز اسهميهما مجتمعين قسمت اثلاثا وافرز للطالبين القسمة ثلثها
مشتركا بينهما وكان الثلثان مشتركين بين الباقين وان طلبها ثلاثة ليحوزوا
سهامهم مجتمعة قسمت نصفين وافرد احد النصفين للطالبين والنصف
الاخر للممتنعين وعلى هذا الاعتبار فيما زاد ونقص واجتمع وافترق
واعلم ان ما ذكرناه مصور بما اذا كان الشارع في قسمة كل بيت من الباب
المذكور اذا انس او جدار كما صرح به الاصحاب وظاهر كلام الشيخ يقتضي
انه لا فرق فيما ذكرناه في الارض والدار والثوب بين ان يتساوى اجزاء ذلك
او يختلف ويعدل بالقيمة وهو ما اورده البندنيجي وغيره وفي الحاوي
ان الثوب الواحد اذا اختلفت قيمته لاختلاف نقوشه والوانه فقسمه
اختيار لا اجبار وان تماثل ولم يختلف ولم ينقص قيمته بقطعه ففي
قسمته اجبار وجهان وقد حكاهما الفوراني وبناهما على جواز بيع
ذراع من ذلك وفي البحر ان قيمته ان انتقصت بالقطع لم يجبر الممتنع
وان لم ينقص فوجهان ونسب هذا الى الخراسانيين وقال ابن ابي سلمة من
اصحابنا قال انه يجوز بحال لان الثياب لا ينقسم بعينه بخلاف الدور
وقال الامام الاصحاب اطلقوا قسمة الدور واجروا فيها الاجبار كاجرائهم
ذلك في العرصات وهذا فيه نظر فان الدور تشتمل على ابنية وسقف
وسوق واروقة وهي ذوات اشكال مختلفة والاغراض في السكون

يتفاوت

يتفاوت تفاوتا بينا وهذا زايد على الاغراض التي تعرض في
العرصة وقد اجرى الخلاف في الاجبار على قسمتها فكيف يطلق
الوفاق على الاجبار على قسمة الدور مع ما وصفناه فالوجه
ان يقال ان استوت الابنية مكان في شرقي الدار صفة وبيت
وكذلك في غربيها وساق التعديل بتبعيض العرصة ليشتمل
كل حصة على ما تشتمل عليه الاخرى من الابنية فيجوز ان يقال بجري
الاجبار على مثل هذه القسمة فاما اذا اختلف اشكال الابنية
فيتعين عندي القطع بخروج الخلاف المذكور في قسمة العدل والتعديل
في اجزاء القسمة فيها لما اشرنا اليه من تفاوت الاغراض واختلاف
المنافع وهذا ما اورده في الوسيط والوجيز وحكى عن الاصحاب
انهم قالوا اذا اختلفت قيمة جوانب العرصة لقرب بعضها من الماء
بحيث يكون الثلث بالمساحة نصفا بالقيمة انه يجبر على قسمتها كذلك
وانهم لم يخرجوه على الخلاف وفي المهذب والحاوي والبحر حكاية
قولين في الاجبار على هذه القسمة اذا لم يعلل قيمة الاكثر قيمة
والاقل قيمة والاصح منهما في التهذيب عدم الاجبار وقال القاضي حسين
انه المذهب والمذكور في تعليق البندنيجي وهو اختيار الشيخ كما قد
مقابله قالوا وعلى هذا فاجرة القاسم توزع على حسب الشركة في الفضل
ام بحسب المأخوذ قلة وكثرة وفيه وجهان اقربهما والراجح الثاني
وهو المذكور في المرشد اما اذا امكن قسمة الاكثر قيمة والاقل قيمة
كما اذا كان الجيد في مقدمها والردي في مؤخرها واذا قسمت بينهما
نصفين صار لكل واحد منهما من الجيد والردي مثل ما لصاحبه
من الجيد والردي فحينئذ يدخلها قسمة الاجبار كالمتساوية
الاجزاء وحكم الارض التي تسقى بعضها بالنضح وبعضها يسقى

بالنهر وما ذكرناه رد لما قال البغوي فيما اذا كان في بعض الارض
شجر او بنا وبعضها خال او كانت الدار بعضها مبني بالاجر وبعضها
بالخشب والطين قال وان عليهما ضرر كالجواهر والثياب المرتفعة اي
التي ينقص قيمتها بالقطع والرحا والبير والحمام الصغير لم يجبر الممتنع
اما في الجواهر وما في معناها فلانه وافق الخصم وهو الامام الك عليه
واما في الباقي فلقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولان
في ذلك اضاعة للمال وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن اضاعة المال وبالقياس
على الجواهر ثم لماذا يعتبر دخول الضرر فيه اوجه ذكرناها في باب الشفعة
تنبيه كلام الشيخ مصرح في الصور المذكورة بامتناع الاجبار ومفهومه
الجواز عند التراضي والحديث فكذلك والمنقول في الحاوي امتناع
قسمة الجوهرة وما يتلف بها وان وجد التراضي للنهي عن اضاعة
المال فانه سفه يستحق به الحجر والجواز في الحمام والسفينة والسيف
والثوب وفي الارض من طريق الاولى وقد صرح به القاضي ابو الطيب
وغيره فيهما وفي الرافعي انهم اذا التمسوا قسمة ما فيه ضرر من القاضي
فان كانت المنفعة تبطل بالكلية كالسيف يكسر فلا يجيبهم وفي اصح
الوجهين لكن لا يمنعهم من ان يقتسموا بانفسهم قال في البحر وهذا
اختيار القاضي الطبري وهو ظاهر المذهب قال وان كان على احدهما
ضرر اي دون الاخر مثل ان يكون لاحدهما عشر ارض وللاخر باقيها
واذا اقتسما امكن صاحب الاعشار الانتفاع بها اما لا انتفاع ما
يحصل له او لضيقه ومجاورته لملك اخر له اذا اضيف اليه انتفع
بما قاله البغوي احترازا مما سنذكره من كلام ال في عند قسمة
عرصة الجدار ولم يوجد مثل ذلك لصاحب العشر قال فان كان على
الطالب لم يجبر الممتنع لانه متعنت وسفيه يطلبه ما يضره

قال في البحر

قال في البحر وهذا قول ابي اسحق وهو الصحيح المشهور من
المذهب قال وان كان على الممتنع فقد قيل لا يجبر لان فيها
ضررا فهو كالضرر عليهما وقد روى نصر مولى معاوية انه صلى الله عليه وسلم
نهى عن قسمة الضرار وقيل يجبر وهو الاصح لانه يطلب حقا له يسع
به فوجبت اجابته وان اضر بالمطلوب منه كما يطالب الغريم بدينه
وان كان لا يملك الا قدره والخبر فقد قال في البحر انه مرسل وهذان
الوجهان نسبهما العبادي الى ابن سريج وقال في البحر ان الثاني هو
المنصوص عليه والاول قال به ابو ثور قال ابن يونس واعلم ان ما ذكره
الشيخ هو الترتيب المنقول عن الخراسانيين واما المشهور عن العراقيين
فهو ان الضرر ان كان على الطالب فوجهان في الاجبار اصحهما المنع
وان كان على الممتنع اجبر قولا واحدا وما ذكره العراقيون هو الذي
رايته في تعليق الشيخ ابي الطيب والشامل وكذا في الحاوي والمهذب
وقالوا ان المنع من الاجبار في حالة ضرر الطالب هو المذهب وما ذكره
عن الخراسانيين فصحيح ايضا ولم يورد الفوراني والبغوي سواه لكن
في النهاية ان العراقيين والقاضي قالوا ان اصحابنا من جعل في كل واحدة
من الصورتين وجهين اذا طلب القسمة اما اجرا الوجهين في حق
صاحب الكثير فعلى ما ذكرناه واما اجراوها في حق صاحب القليل
فمن جهة انه يقول لي ان ابطل حقي بعيني وانت لا تتضرر ضررا معتبرا
فما عليك فاجبني ولا تشفق علي في مطلق التصرف في حصتي
قال الامام وهذه الطريقة لا باس بها والاشهر الاولى وهو ما
في الكتاب وقيل فيه وجه ثالث في حالة كون الضرر على الممتنع ان يقع لو كان
بينهم ارض لواحد نصفها ولكل من الباقين السدس ولا ضرر في قسمتها
نصفين وفي قسمتها اسداسا ضرر لصاحب السدس فطلب صاحب

النصف القسمه قالوا الثلاثه بالخيار بين ان يفردوا النصف
لهم مشاعا وبين ان يفرد كل واحد سهمه وهذا معنى قول الشافعي
واقول المرجح القسمه لعله خصصهم ان سيتم جمعا حصصهم
وكانت مشاعه بلتفعوا بها ولو ارادوا بقسمتها نصفين
عن اراد واحد من الثلاثه افراز نصيبه لم يجابوا لان هذه القسمه
الضرر فيها يلحق الجميع ولو طلب الثلاثه من صاحب النصف ان يقاسمهم
فيترك لهم النصف ويأخذ النصف وامتنع اجبر عليها كذا قاله الروياني والامام

قال وان كان بينهما دور ودكاكين او اراض في بعضها شجر وفي بعضها
بياض فطلب احدهما ان يقسم بينهما اعيانا بالقيمه اي بان يجعل
دار في مقابلة دار ودكان في مقابلة دكان وارض في مقابلة ارض
ليتساوى ذلك في القيمه قال وطلب الاخر قسمة كل عين اي جزء فيه وذلك
ممكن من غير ضرر قسمت كل عين لان لكل واحد منهما الحق في الجميع
فجاز ان يجاب به ولا يجاب الى الافراز القسمه لتميز الحقين في
العين وهذا نقل ملك من عين الى عين اخرى فهو معاوضه ولا اجبار
عليها قال الامام وهذا متفق عليه بين الاصحاب وحكى الرافعي ان
في الوقف للعبادي حكايه وجه انه يجبر على قسمتها اعيانا بالقيمه من
غير فرق بين التجاور والتباعد لكنه ذكر هذا الوجه فيما اذا طلب
احدهما ان يقسم بينهما اعيانا بالقيمه وسكت عن حاله الاخر وفي
الحاوي ما يقتضي هذا الوجه ايضا فانه قال لو كان بينهما قطعتا
ارض في قريتين او بستانين في موضعين مختلفين فدعا احدهما
الى القسمه فهل يقسمان جبرا بالقرعه ام لا فيه وجهان احدهما
نعم لاتفاق الجنس والمنفعه والثاني لا لاختلاف المحل والغرض
المذهب الاول ويخالفها لو كان بينهما قريتان متساويتان فدعا احدهما

الى القسمه

الى قسمه جميع القريه ودعا الاخر الى قسمه كل مسكن منها فانه
يجاب الاول ويقسم لكل واحد منهما نصفها بما اشتمل عليه من
مساكنها حكاه الماوردي لان القريه شامله لمساكنها كالدار
الجامعه لبيوتها ولا يجوز ان يقع الاجبار على قسمه كل بيت منها
ملك القريه ثم لا فرق فيما قاله القاضي ابو الطيب وابن الصباغ
بين ان تكون الدور والحوانيت متجاوره او متفرقه ولا بين ان يكون
احدهما اكثر او الاخر صغيرا ينتفع الى الدار او لا ينتفع بحجره لها او لا واما
الاراضي فان كانت متفرقه كان اي الضياع فالحكم فيها كذلك وان كانت
متجاوره متلاصقه وكل ارض تنسب الى ضيعه من ضياع القريه قال
ابو اسحق هي في حكم الارض الواحده فيضم بعضها الى بعض في قسمه
الاجبار على ان يكون لبعضهما قراح وللاخر قراح اخر سواء اختلفت
الارض واختلف المشرب او لم يختلف وقال غيره من اصحابنا الحكم
كذلك في حال المجاوره واتحاد الطريق والمشرب فان اختلفت الطريق
او المشرب فهي في حكم الاراضي المتفرقه فلا يضم بعضها الى بعض في قسمه
الاجبار قال القاضي ابو الطيب والبندنيجي وهو الظاهر من قول الشافعي
وقال ابن الصباغ انه اشبه بكلام الشافعي لانه قال ولا اعتبر معنى
تخالف ما اراد به اذا كان بينهما قراحان في احدهما نخل وفي الاخر كرم لانه
لو كان النخل والكرم في قراح واحد ضم بعضه الى بعض وفي الحاوي في
حاله التجاور ان تماثلت في الثمن والمنفعه والمؤنه فيضم بعضها
الى بعض ويقع قسمه الاجبار على جميعها كضياع القريه التي يتصل
جميعها ولا يتميز شيء منها وان اختلفت اسما وهادى في حال التجاور
واختلاف المنفعه بان يكون بعضها مزروعا وفي بعضها شجرا او
وفي بعضها كرم وفي بعضها نخل او يختلف في الثمن لنفاسة بعضها على

في

لعله قراح

على بعض ان مذهب الشافعي ان قسمة الاجبار واقعة على كل ارض
ملكها ولا يضم بعضها الى بعض في قسمة الاجبار مع اختلافها وعلى
كل حال فلا فرق كما قاله القاضي ابو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ
في الاجبار على قسمة كل واحد من الارض بين ان يكون قراحا او ما فيه
من الاشجار من نوع واحد او مختلف الاجناس كالكروم والنخل وغير ذلك
فيقسم بعض ذلك الى بعض ويعدل ويكون بمنزلة البيوت والابواب
والسقوف المختلفة في دار واحدة وفي الرافعي ان الخلاف الذي في قسمة
التعديل يجري فيما اذا كان البستان الواحد بعضه نخل وبعضه كرم
وان صاحب المهذب رجح من القولين منع الاجبار والعراقيون من
اصحابنا وغيرهم رجحوا الاجبار قال ويشبه ان يكون الخلاف المذكور مختص
بما اذا لم يمكن قسمة كل نوع فان امكن فلا اجبار على قسمة التعديل
كما لو كانا شريكين في ارض يمكن قسمة كل جيد ورديء منها بالاجزاء لا
يجري الاجبار على التعديل **فرع** لو كان بينهما ارض واحدة وفيها
بناء او شجر فاراد احدهما قسمة الارض دون البناء والشجر قال في
الحاوي والبحر فتمتنع في هذه القسمة اجبار نعم لو تراضيا على هذه
القسمة دخل في الارض قسمة الاجبار فاذا داما مقيمين على هذا
الاتفاق قسمت بينهما جبرا بالقرعة وان رجع احدهما عن الاتفاق
زالت قسمة الاجبار **قال** وان كان بينهما عضايد اي دكاكين صغار [في عضادة]
اي لا تقبل القسمة كما قاله البندنيجي وابو الطيب وابن الصباغ والاكثر
الناقلين متلاصقة فطلب احدهما قسمتها اعيانا بالقيمة وامتنع
الاخر فقد قيل يجبر لانها اذا كانت صفا واحدا كانت بمنزلة بيوت
في دار واحدة او خان واحد وقد تقدم انه يجبر على ذلك اذا علم
تساوي قيمة الاجزاء على المذهب فكذلك هنا قال الرافعي وهذا اصح

ذكر القاضي

ذكره القاضي الروياني وغيره وشبهها بالسواري وقيل لا يجبر لان كل
عضادة مسكن منفرد فاشبهت الدور والدكاكين الكبار المتجاورة
قال البندنيجي وهذا هو المذهب وفي الحلية ان هذا اذا لم ينقص بالقسمة
اما اذا نقصت فلا اجبار على القسمة وجها واحدا اما اذا كانت
كل عضادة تقبل القسمة فقد تقدم ذكرها بقوله ولو كان بينهما دكان والشيخ
في المهذب عبر عن الدكاكين بالعضايد واجرى الوجهين في حالة
قبولها القسمة **قال** وان كان بينهما عبيد او ماشية او ثياب او
اخشاب اي بعضها بالقطع فطلب قسمتها اعيانا اي بالتساوي
القيمة والنوع وامتنع الاخر فالمذهب انه يجبر الممتنع لانه لا
يمكن قسمتها من غير ضرر الا كذلك فوجب كالدار الواحدة وقد
وافق الشيخ في هذا اللفظ البغوي وقال البندنيجي ان هذا القول
هو الذي نص عليه وعليه اكثر اصحابنا كابن سريج وابي اسحق واهل
العراق اي سواه وقيل لا اجبار لانها اعيان متفرقة فاشبهت الدور
المتفرقة وهذا قول ابي علي بن ابي هريرة وابن خيران وقد حكى
الخلاف في الرقيق وغيره كما حكاه الشيخ الماوردي والبندنيجي
والامام وقال ابن الصباغ والقاضي ابو الطيب الخلاف في غير الرقيق
فاما في الرقيق فيجبر الممتنع فيه قولا واحدا عند اصحابنا لانه عليه الصلاة والسلام
جزا العبيد الستة الذين اعتقهم الرجل في مرض موته ثلاثة اجزاء واقرع
بينهم ولان الرقيق لما وجب تكميل الحرية فيه دخلته قسمة الاجبار بالقيمة [على]
بخلاف غيره وهذا اجرى في المرشد وهو الذي حكاه في البحر عن نص الشافعي
في كتاب العتق وفي تعليق البندنيجي ان ابن خيران قال انما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
ذلك لمزية الحرية وفي مسالتنا الامتعة والاواني من الرصاص والحديد والنحاس
ان اختلفت وتفاضلت لم تقسم اجبارا وان تشابهت وتماثلت

في قسمتها اجبارا وجهان كالحيوان والثياب فان قيل اما ذكرتم
في علة القول المنصوص انه لا يمكن قسمة هذه الاشياء من غير ضرر
الا ان ذلك موجب كالدار الواحده وهذه العله تقتضي انه لو كان بين
شريكين حامات او طاحونان لا تملك قسمة كل واحده منهما على الانفراد
ان يقتسما ذلك قال الماوردي وقد كان بعض اصحابنا يخرج اجبار قسمة
الحمامين بين الشريكين على وجهين كالحيوان والثياب وهذا الطريق في
النهايه ايضا وقال ان من اصحابنا من قال لا اجبار في الابنيه والبقاع على
التصوير الذي ذكرناه بخلاف العبيد لان تفاوت الاغراض في البقاع اوضح
وفي البحر ان ابن القاص ذكر عن ابن سريج انه كان يفرق ويقول الاصل البقاع
والرحا والحمام بقعه وانما لا ينتفع بها قسمتها للتجاره ونحو ذلك فاذا
كان ذلك كان معناه معنى القسمة التي فيها الرد فلم يجز الا بالتراضي
وليس كذلك الحيوان لان كل واحد منها لا ينقسم وهو اصل بنفسه وبنا
ضروره الى افراز حقوقهم فجاز اذا تشاحوا ان يقتسموا اجبارا وهو
كالوجهين في الدكاكين الضيقه اما اذا لم يختلف النوع والقيمه كالضان
والمعز فهو كاختلاف الجنس من الحرير والقطن والكتان فلا اجبار الممتنع
جزما عند العراقيين وهذا الجمهور كما قال الرافعي وفي النهايه انه لو
كان بين الشركا عبد وطاحون وحمام واملن التعديل بجعل كل صنف سهما
ففي الاجبار وجهان مرتبان على ما اذا لم يختلف الاصناف وهذه
الصوره ابعد عن الاجبار وقد نسب الرافعي مثل هذا الطريق في مختلف
النوع الى ابي الفرج السرخسي وقال ان الصحيح الاول ولو اختلف النوع
واتحدت القيمه فهل يلحق باختلاف الجنس او اتحاد النوع فيه وجهان
ولو اتحد النوع واختلف القيمه مثل ان كان المشترك بينهما ثلاثة اعبد
قيمة كل واحد مايتان وكل من الاخرين مايه فان قلنا في مسلة الثياب لا

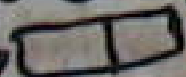
اجبار فهنا اولى والا فوجهان لظهور التفاوت في العدد
هذا قاله الامام واثبت الرافعي الخلاف قولين ثم قال وهكذا القول
في الارض المختلفة الاجزاء لا الحاقنا الاعيان المتماثله بالارض
المتساويه الاجزا قلت ان اراد في اصل اجرا الخلاف فنعم وان اراد
انه هو من كل وجه فلا لان الصحيح عند العراقيين وبه جزم الرافعي
الاجبار ثم والمنع منه هنا ولو اختلفت قيمة النوع بان كان المشترك
بينهما حماما صغيرا وكبيرا وكان السهمان لا يتعدلان الا بان يجعل
الحمام الصغير مع الكبير سهما فالاصح انه لا اجبار على هذا النوع
فان القسمه على ذلك لا تتميز ولا تنفصل بل يبقى اشتراكا وبعضهم ايضا
خرجه على الخلاف قال الامام وهو بعيد قلت هذه الطريقه هي التي
يظهر صحتها لان الفوراني وصاحب البحر حكيا فيما اذا كان بينهما عبدان
قيمة احدهما مايه والاخر مايتين واراد احدهما القسمه بان يجعل
الخسيس وربع النفيس سهما وثلاثة ارباع النفيس سهما عن
الشافعي قولين في هذه الصوره ولا فرق بينها وبين التي قبلها في
التعليل المذكور وقد حكى الرافعي فيها طريقة جازمة بالاجبار

فرع قسمة الكلاب هل يجري فيها الاجبار فيه طريقان في الحاوي
احدهما نعم لان الشافعي اجاز قسمة الكلاب مع الغنم كما اجاز الوصيه
بها وانها تخرجها من القسمه تجري مجرى ذوات الامثال والثانيه
تخرجها على الوجهين وجعل هذا النص دليلا انه اصحهما **فرع** وان كان
بينهما دار فطلب احدهما ان يقسم فيجعل العلو لاحدهما والسفل للاخر
وامتنع شريكه لم يجبر الممتنع قال الشافعي في الام لان اصل الحكم ان
من ملك السفل ملك ما تحته وما فوقه من الهوا فاذا اعطى هذا
سفلا لا هوا له وهذا علوا لا سفل له فقد اعطي كل واحد منهما

لبن
تلك الحمام
ان
علي

على غير اصل ما ملكا الناس اي وضع القسمة التمييز ولان العلو
والسفل بمنزلة الدارين وقد تقدم انه لا يجبر على قسمتهما بحيث
ينفرد كل واحد منهما بدار فكذلك هنا ولان العلو تبع للسفل
بدليل انه اذا ابيع له السفل دخل العلو في الشفعة فيهما واذا
ابيع العلو وحده لم يثبت فيه وفي هذه القسمة جعل التابع متبوعا
وذلك لا يجوز نعم لو تراضيا على هذه القسمة جاز ولو طلب احدهما
ان يقسم العلو والسفل نصفين وكان ينقسم اجبر الاخر ان البنا
في الارض بمنزلة الغراس فيها ولو طلب ان يقسم العلو في بقعة
والسفل في بقعة اخرى فلا يجبر الاخر لانه ربما خرج لاحدهما بالاقراع
من السفل النصيب الذي حصل على حصة صاحبه من العلو فتكون
المشاركة واختلاط الايدي بعد باقية والقصد من القسمة ازالة
ذلك نعم لو تراضيا بذلك جاز كذا قاله القاضي ابو الطيب وابن الصباغ
وغيرهما ومن هنا يظهر لك ان احدهما لو طلب قسمة السفل العلو
ويبقى السفل مشتركا ان لا يجبر الاخر عليه لاحتمال ان يطلب احدهما
قسمة السفل بعد ذلك فيقع المحذور المذكور وعلى هذه الحالة تحمل
قول الروياني في البحر وغيره في طليل مسئلة الكتاب الاخرى انه لو كان
بينهما غرفة فطلب احدهما القسمة لم يجبر عليه وفي الرافعي انه لو طلب
احدهما قسمة السفل وترك العلو على الاشاعة لم يجبر الاخر لما ذكرناه
من العلة والروياني في البحر ذكر الحكم ولم يعلله قلت ولو قيل في هذه
الصورة بالاجبار لم يبعد ونقول اذا طلب احدهما بعد ذلك
قسمة العلو يقسم بغير قرعة ويجعل لكل واحد منهم النصيب الذي هو
علو ما حصل له من السفل كما نقول فيما اذا اجبرنا على قسمة العرصة
بين المالكين عرضا في كل الطول انه لا اقراع فيها ويجعل لكل واحد

ما يلي

ما يلي ملكه من الجدار ويخالف ما اذا طلب احدهما قسمة العلو
وترك السفل على الاشاعة حيث قلنا لا يجبر الاخر ولم نبدي
فيه هذا الاحتمال لانا لو قلنا بهذا لجعلنا السفل الذي هو اصل
تابع للعلو الذي هو تابع وذلك لا يجوز قال وان كان بين ملكيهما عرصة
حائط فاراد احدهما ان يقسم فيجعل لكل واحد منهما نصف الطول في
كل العرض اي على هذا الشكل  وامتنع الاخر اجبر عليه
لانه ملك مشترك يمكن انتفاعهما به بعد القسمة من غير ضرر وان
اراد ان يقسم عرضا فيجعل لكل واحد منهما نصف العرض في كل الطول
اي على هذا الشكل  وامتنع الاخر فقد قيل يجبر لانه ملك مشترك
يمكن كل واحد منهما ان ينتفع بحصته اذا قسم فاجبر على القسمة كما في
المسئلة قبلها وهذا قول ابن ابي هريرة وقيل لا يجبر لامتناع القرعة
لانه ربما خرجت القرعة لكل واحد منهما مما يلي ملك الاخر ولا ينتفع به
وكل قسمة لا يدخلها القرعة لا يجبر عليها فالذي فيها الوجهان وهذا قول
ابي اسحق وبه جزم في المهذب والحاوي وقال الرافعي انه الصحيح عند
العراقيين وغيرهم الاول وهو ما في تعليق البندنيجي وابي الطيب
والمهذب وبه جزم في الوجيز وقال ابن الصباغ في كتاب الصلح انه
ظاهر كلام الشافعي واشار بذلك الى قول الشافعي في المختصر وقسمه
بينهما ان شاء ان كان عرضه ذراعا اعطيته شبرا في طول الجدار
ثم قلت له ان شئت ان تزيد من عرضه ذراعا او بيتا شبرا اخر
ليكون لك جدار خالصا فذلك لك ويخالف ما قبله وذلك ان دخول
العرض يجعلها بيعا ولا يجبر على البيع وقول الشافعي ثم قلت له
ان شئت ان تزيد من عرضه ذراعا او بيتا شبرا الى اخره لم يقله
مشورة كما غلبه من جهل معنى كلامه وانما قاله ليبين ان كل

كل واحد منهما تعذر ينتفع بما صار اليه ثم ذكر وجها المنفعة بان
يضم الى العرصة شبرا البيت جدارا باطلا وعلى هذا القول فرعان
احدهما انه لا يحتاج الى القرعة بل يجعل لكل واحد ما يلي ملكه
جدارا من ما قاله القايل الثاني وهذا ما اورده البندنيجي وابن الصباغ
ووجهه الماوردي بان القرعة انما تدخل في القسمة لتمييز ما ان
اشتبه الانتفاع به والانتفع لكل واحد منهما والانتفع هنا ان يأخذ
كل واحد ما يلي ملكه ولم يكن لدخول القرعة وجه وقد نسب بعضهم هذا
الى صاحب المهذب ه الثاني لو طلب احدهما ان يقسم طولا في كمال العرض
وطلب الاخر ان يقسم عرضا في كمال الطول لم يجبر واحد منهما بل يترك الى
ان يصطلحا كذا قاله ابن يونس وابن شداد وفيما وقع عليه من الشامل
انها تقسم عرضا في كمال الطول ويجعل لكل واحد ما يلي ملكه بلا خلاف ما
اذا قلنا لا يجبر على قسمتها عرضا في كمال الطول فانها تقسم في الحالة
هذه طولا في كمال العرض قال وان كان بينهما حايط اي وعرصته لهما
فطلب احدهما ان تقسم عرضا في كمال الطول وامتنع الاخر لم يجبر
واختلف في تعليله فقيل لانا لو اجبرنا لاقرعنا والقرعة ربما تخرج
الشق الذي يلي دار زيد لعمرو وبالعكس فلا يتمكن واحد منهما من
الانتفاع بما صار له وهذه علة من منع الاجبار على القسمة عند عدم
الاقراع وقيل لانه لا يتاتى فصل محقق لان ذلك اتلاف وغايته
رسم خط بين الشقين وصح ذلك فاذا بنى احدهما على ما صار له يتعدى
الثقل والتحامل الى الشق الاخر فيكون منتفعا بنصيب شريكه وضعف
الامام هذه العلة بان هذه القسمة جايزة بالتراضي كما سنذكره وذلك
يدل على ان رسم الخط كاف في القسمة والمفاصلة وعن صاحب التقريب
وجه انه يجاب الطالب ويجبر الممتنع لكن لا يقرع بل يخص كل

واحد بما يليه

واحد بما يليه والاختلاف في جواز هذه القسمة بالتراضي لكن
كيف يقسم فيه وجهان حكاهما الرافعي احدهما يعلم بعلامة ويخط
برسم والثاني يشق وينشر بالمنشار وقال القاضي الحسين وغيره
ولو طلبا من الحاكم القسمة بهذا النوع لم يجبهما الى ذلك اذ قد يخرج
الحرفيون لان نشق الجدار في الطول اتلاف له وتضييع ولكنهما
يباشران القسمة بانفسهما ان شاءا كما لو هدماه واقتسما النقض
فان قلت لم لا خرج جواز القسمة في هذه الحالة على ان القسمة بيع
او افراز فان قلنا انها بيع فينبغي ان لا يصح لان شيئا ما ينقص قيمته
بقطعه لا يجوز قلت الجواب عنه من وجهين احدهما ان الاصحاب
قالوا ثم ان المانع من صحة البيع عدم القدرة على التسليم الا بنقص
غير المبيع ولا شيء غير المبيع ينقصه هذه القسمة هنا الثاني ان
القسمة انما تقع بعد التمييز بالشق ونحوه فلم تكن القسمة اذا وقعت
مقتضية للتنقيص ونظير ذلك ان يقطع ذراعا من ثوب ينقص قيمته
بالقطع ثم يبيعه فانه يصح وجها واحدا على ان صاحب الحلية جزم
القول بمنع قسمته عرضا في كمال الطول بالتراضي ايضا من غير بناء
على ان القسمة بيع او افراز ووجهه بان ما يصير الى كل واحد منهما
من نصف العرض مضر به وبصاحبه لانه ان اراد هدمه لم يقدر
عليه الا بهدم ما لشريكه او شيء منه وان اراد وضع شيء عليه وقع
الثقل على ما لشريكه فاضر به ثم قال لو تراضيا بهدمه في الحال
واقتسام البنية جاز والمنع من قسمته بناء قايما وتجديد ما لكل
واحد منهما متصلا وقد سلك الفوراني في حالة التراضي طريقا اخر
فقال ان اقتسماه بالقرعة لم يجز وان لم يكن بالقرعة فعلى وجهين
قلت وهذا منه قد يدل على انهما اذا اقتسما بانفسهما يلزم

القسمة بنفس اخراج القرعة كما ذكره الشيخ من قبل **قال** وان طلب
احدهما ان يقسم طولا في كمال العرض وامتنع الاخر فقد قيل اجبر
لما ذكرناه من علة القول الثاني في مسألة العرصة كما قاله ابن الصباغ
ووجهه الماوردي بانه قد لا يقدر على هدم النصف الذي صار اليه
الا بهدم شيء من نصيب صاحبه فصار مضرا عليهما وهذا الظاهر
قول ابي اسحق وبه جزم في الوجيز وقال الرافعي انه اشبه الوجهين
والنواوي والمستظهري قالا انه اصحهما وقيل لا يجبر وهو الاصح وكذا
قال في المهذب تبعا للشيخ وتبعهما مجلي لامكان قسمته على وجه يستغني
به والضرر عنه يسير فاشبه العرصة وهذا قول ابن ابي هريرة وعلى
هذا ان كان القطع يضر بالحائط لم يقطع بل يجعل بينهما علامة وان
كان القطع لا يضر به قطع بالمنشار ان كان بالطين واللبن كالثوب
اذا كان قطعه لا يضر والخلاف في جواز هذه القسمة بالتراضي صرح به
الماوردي وغيره اما اذا لم يكن لهما الا الحائط دون العرصة كما اذا
كانت ارضه محتكرة فعن الحاوي انه لا يجوز قسمته جبرا لان البناء لا
يعلم ما فيه ليتساويا في الاقتسام به الا بعد هدمه وفي هدمه ضرر
فلم يدخله اجبار فان اصطلحا عليه جاز **قال** وان كان بين رجلين منافع
عين لا تقبل القسمة كالعبد والدابة والدار الصغيرة او تقبلها
كما في الدار الفيحا ذات البيوت والارض لكنهما مستاجر لها او موصى
لهما بالمنافع **قال** واراد قسمتها بينهما بالمهاياة اي بان يجعل
العين في يد احدهما يوما او اسبوعا او شهرا او سنة ثم في يد
الاخر مثل ذلك المدة جاز لان المنافع كالاعيان وقد رضي المتاخر
منهما بتاخير حقه فلا معترض عليه وهذا الخلاف ما لو كان بينهما بقرة
حلوب فاراد المهاياة في لبنها لم يجز لان اللبن ربوي وهو مجهول قاله

القاضي الحسين

القاضي الحسين والبغوي وهذه القسمة يجوز ان يحصل فيها من
تساوي المنافع اولا ويجوز ان لا يتعين ويتفرع عليهما كما ذكر في
المهذب واذا تهايئا فالنفقة المعتادة على العين اذا احتيج اليها
كالنفقة على البهيمة والعبد على مستوفي المنفعة في مدته قاله في
المطلب والتهذيب وغيرهما والمؤن النادرة كزكاة الفطر والفصد
والحجامة على من يكون بحصتهما حكم الاكساب النادرة كالوصية
والهبة ووجدان الركاز في زمن المهاياة ولمن يكون فيها قولان احدهما
احدهما لمن وقعت في نوبته وهو الاصح في الحاوي والاظهر في الرافعي
فعلى هذا يكون المؤن النادرة عليه والثاني وهو المختار في المرشد يكون
بينهما وعلى هذا لا يحسب المدة التي اكتسب فيها ذلك من ملك من هو في
يده كما نقله ابن يونس عن البيان ويكون المؤن النادرة عليهما ولو
وكذلك المعتادة في زمن حصولها والله اعلم وقد تقدم ذكر القولين في
باب اللقطة قال الرافعي هنا وينبغي ان ينظر في الكسوة الى قدر النوبة
حتى يبقى على الاشتراك ان جرت المهاياة مياومة **فرع** اذا استوفى
احدهما نوبته ورجع عن المهاياة فقد اطلق القاضي الحسين هنا القول
بانه لا ينفعه الرجوع حتى لو اتفقا على المهاياة لزمت لانها نوع
قسمة والقسمة يلزم بالتراضي وجزم في الذخائر بجواز الرجوع
بعد التراضي بها وحكى وجهين في جواز رجوعه بعد استيفاء نوبته
والرافعي جزم بجواز الرجوع في اثناء نوبته وحكى الوجهين في الجواز
بعد استيفائها وهما في النهاية مفرعان على القول بعدم الاجبار
على المهاياة ابتداء كما هو المذهب وقال ان اقيسهما جواز الرجوع
وقد بناهما البغوي هنا وكذا القاضي الحسين في كتاب الصلح كالطينة
على ان احدهما لو امتنع منها ابتداء هل يجبر عليها ام لا وفيه خلاف

[illegible] ما [illegible] على [illegible] الاحكام [illegible] الصلح

سنذكره فان قلنا لا اجبر كان له ان يرجع ويغرم نصف اجرة مثل
ما استوفاه وان قلنا لا يرجع وتستوفي الاخر مدته وقضيته هذا البنا
ان لا فرق بين ما قبل الاستيفا وما بعده وقد بنى البغوي على
الخلاف ايضا ما اذا جاءت النوبة لاحدهما فامتنع من استيفائها
فان قلنا بالاجبار فلا شي على الاخر لانه المضيع لحقه والا كان له
الامتناع وطلب نصف اجرة المثل قلت وينبغي ان يجب عليه نصف المؤنة
قال وان اراد احدهما ذلك وامتنع الاخر لم يجبر الممتنع لان حق كل واحد
منهما معجل فلا يجبر على تاخيره بالمهاياة وهذه العلة شاملة لكون
الاصل في ملكهما وكونه في غير ملكهما وعلل ابن الصباغ المنع في حالة
كون الاصل ملكهما بانه اذا كان الاصل مشاعا فالمنفعة تابعة ولا يصح
ان يفرد بعض المنفعة مع الاشتراك في الاصل الا على سبيل المعاوضة
وهي غير واجبة وعلله القاضي الحسين في فتاويه في كتاب الاجارة في حالة
عدم ملكهما للاصل بعلة اخرى مع العلة الاولى وهي ان الرقبة ليست
مملوكة لهما قال في المهذب ومن اصحابنا من قال يجبر على المهاياة كالخبر
على قسمة الاعيان وقد حكى القاضي الحسين والامام ذلك عن ابن سريج
وعلى هذا فالمبدا به من خرجت له القرعة قال الرافعي ويجوز ان يكون
الحكم في قدر النوبة كذلك وان الصحيح المنصوص عليه الاول وبه جزم
ابن الصباغ ثم قال ويخالف قسمة الاصل لانه افراز للنصيبين وتمييز
للحقين والتحرز بانه ليس في قسمة الاصل تاخير واحد منهما
عن حقه بخلاف ما نحن فيه وقد يظهر من الفرقين تخريج خلاف فيما
لو كانت الدار المستاجرة لهما او الموصى لهما بمنفعتها وقد
تنازعا في المهاياة ذات بيتين متساويين في الصورة والمنفعة
فاراد احدهما ان يكون له منفعة هذا البيت والاخر منفعة البيت

الاخر وامتنع شريكه فانا اذا نظرنا الى ما علل به ابن
المنع في المسلة الثانية وجدناه موجودا في هذه الصورة
مع فقد الفرق الذي ذكره ايضا وقضيته عدم الاجبار
هنا وهو ما اختاره في المرشد وان نظرنا الى ما علل به
الشيخ وجدناه مفقودا فيها مع انعدام الفرق الذي ابداه
وقضيته ذلك الاجبار كالاعيان وقد صرح القاضي الحسين في فتاويه
بحكاية وجهين في هذه الصورة وهي ما اذا استاجرا ارضا للزراعة
وارادا المهاياة فيها بان يكون لكل واحد قطعة منها وهي مستوية
بناء على ما اخذ المنع في الصورة السابقة تاخير حق الاخر وكون
الرقبة ليست مملوكة لهما فان قلنا بالاول اجبرنا هنا والا فلا
فان قلت قضية كلامه الاجبار الجزم في مثل هذه الصورة اذا كانت
الدار لا تقبل القسمة كصورة البغوي والغزالي وصاحب الحاوي
ومجلي واشار اليه القاضي ايضا والامام اما اذا كانت تقبلها فلا
اجبار على المهاياة بحال كما قاله الرافعي وابن داود واذا كانت
الصورة كما فرضنا فهي قابلة للقسمة فلا اجبار جزما وهو قضيته
كلام ابن الصباغ في الصورة الاولى لانه اعلم على المذهب الصحيح اذا
دام تنازعهما واهملوا الملك فماذا يصنع به قال مجلي قال اصحابنا
يتركوا الى ان يصطلحوا او قيل انه يباع ويقسم الثمن قال الامام
وهذا لا اصل له ولا اعلم من المذهب وانما هو قول بعض السلف
وقال في التهذيب المذهب انه لا يباع عليهما لانهما مكلفان مطلقان
بل يؤجر عليهما ويصرف الاجرة اليهما وهذا ما صححه ابن كج وصاحب
الحاوي ومن يحصل في المسلة ثلاثة اوجه ولو تركوا التنازع قال الامام
تركناهم **فرع** لو كان بينهما دين واراد اقتسمته قال في الحاوي ان

كان على غريم واحد فقسمته تستدعي الشركة فيه فاذا صح انقسام الدين
في ذمة الغريم فصار لكل واحد منهما قدر حقه منه ويجوز ان ينفرد
باقتضائه وقبضه ولو لم تنفسخ الشركة لم يجز لاحدهما ان ينفرد
باقتضائه وقبضه منه وكان ما يقبضه مشتركا بينهما ان قبضه عن
غير اذن شريكه وان اذن له في قبض حقه منه جاز وكان اذنه فسخا
للشركة ولا وجه لمن خرجه على القولين في الكتابة اذا ادى الى احد الشريكين
مال كتابته باذن شريكه انه على قولين والفرق بينهما ثبوت الحجر على
المكاتب وعدمه في الغريم والفوراني نقل وجهين في جواز انفراد احدهما
بما اخذ مع الاذن وان كان الدين على جماعة قال الماوردي فلا يجبر واحد
منهما على اخذ حقه على شخص من الغرماء الا ان الغرماء يتفاضلون
في الذمة واليسار وفي جواز قسمته اختيارا وجهان اصحهما عند الشيخ
السرخسي المنع وبناهما الماوردي على ان القسمة بيع او افراز فان قلنا
افراز جازت والا فلا اذ بيع الدين بالدين لا يجوز وقد حكى الرافعي
طريقة قاطعة بالمنع وهي التي اوردها الفوراني وصاحب العدة وصححها
الرافعي وقال ان اذا قلنا القسمة بيع فظاهر واما اذا قلنا انها
افراز فافراز ما في الذمة ممتنع الا بقبضه قال في الحاوي والبحر
وطريق صحتها على قول المنع ان يحيل كل واحد منهما لصاحبه بحقه على
الغريم الذي لم يحصل له ويحيله الاخر على الغريم الذي اختاره فيتعين
ذلك بالحوالة دون القسمة قال ومن اراد القاسم ان يقسم على
السهام اما بالقيمة ان كانت مختلفة اي مثل ان تكون الارض
بين ثلاثة اثلاثا وذرعها ستة اجربة قيمة جريب منها عشرون
لامكان سقيه بالسيح وقيمة جريبين عشرون لبعدهما عن
السقي بالسيح وقيمة باقيها عشرون لزيادة البعد فيجعل الجريب

بحقه في

الاول

الاول سهما والجريبين الثاني والثالث سهما والثلاثة
الباقية لان ذلك هو العدل وهذا اذا لم يكن التسوية بين
الشركا في الجيد والمتوسط والردي كما تقدم قال او بالاجزا
ان كانت غير مختلفة اي مثل ان كانت الارض متساوية
القيمة في مسالتنا فيجعل ثلاثة اجزا كل جزء جريبان وكذا
لو كانت منقسمة الى الردي والجيد والمتوسط والجيد في
اولها والمتوسط في وسطها والردي في اخرها واذا قسمت
اثلاثا صار لكل واحد منهما من الجيد والمتوسط والردي
مثل ما صار للاخرين فهذه ايضا تقسم بالاجزاء قال او بالرد
ان كانت القسمة تقتضي الرد اي كثلاثة اعبد بين ثلاثة قيمة
واحد منهم اربعمائة واخر خمسمائة واخر ستمائة فيجعل الذي
قيمته خمسمائة سهما والذي قيمته اربعمائة مع مائة تاخذ
ممن يقع الذي قيمته ستمائة له سهما والاخر سهما قال الاصحاب
ويعين القاسم ان هذا الاول وهذا الثاني وهذا الثالث والخيرة
اليه صرح به الامام وله ان يجعل الابتدا في الاراضي والدور
ونحوهما من اي جهة شا قال فان كانت الانصبا متساوية
كالارض بين ثلاثة اثلاثا اقرع بينهم والاصل في الاقراع
قوله تعالى وما كنت لديهم اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم وما
كنت لديهم اذ يختصمون وقوله تعالى في يونس فساهم فان شا
كتب اسما الملاك في رقاع متساوية اي كتب في كل رقعة اسم رجل
منهم وجعلها في بنادق من طين او شمع متساوية لانها لو
اختلفت في القدر لكانت البندقة الكبيرة تخرج وتسبق الى اليد
وفي ذلك ترجيح لصاحبها لان هذه التسوية من طريق الوجوب

اي

او الاحتياط فيه تردد للشيخ ابي محمد ورأي الاولى منه الثاني
قال ويجعلها في حجر رجل لم يحضر ذلك اي الكتابة والبندقة فانه
لم يخرج على السهام لانه اذا فعل ذلك رجع الخروج الى الوفاق المحض
من غير تخييل قصد في الاخراج قال الماوردي والامام وغيرهما
ويوضع البنادق في الحجر مغطية بعد تجفيفها وهذا في تعليق
القاضي ابي الطيب في كتاب العتق معزي الى النص قال الاصحاب ويقول
القاسم للمخرج اخرج بندقة على السهم الاول فاذا اخرجها كسرت
ومن كان اسمه فيها تعين حقه فيه ثم يقول له اخرج بندقة على السهم
الثاني فاذا اخرجها كسرت ومن كان اسمه فيها تعين حقه فيه وتعين
السهم الثالث للشريك الثالث ولا يحتاج الى اخراج البندقة الثالثة
قال وان شاء كتب السهام اي في الرقاع فكتب في رقعة السهم الاول
وفي رقعة السهم الثاني وفي رقعة السهم الثالث ثم ليخرجها على
الاسماء اي فيقال له اعط لكل شخص بندقة واذا اعطاه كان له من [illegible]
السهام المكتوب فيها وعلى هذا المثال يفعل فيما قل من العدد او كثر
وهذا ما اورده العراقيون وهو على وجه الاحتياط فان لم
يحتط في القرعة بما ذكرناه واقتصر على ان اقرع بسهم بحصاه او
اقلام جاز فقد حكى الواقدي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم غنايم
بني قريظة على خمسة اجزاء واقرع بالنوى قاله الماوردي وقال
الماوردي في كتاب العتق انه يجوز باي شيء مما نص عليه الشافعي
من الاشياء الخمسة وهي المذكورة في الكتاب فقد اسا **قال** وان
كانت الانصباء مختلفة مثل ان يكون لواحد السدس وللثاني الثلث
وللثالث النصف قسمها على اقل الاجزاء وهي ستة اسهم لاستعمال
الاكثر على الاقل فيمتنع اعطاؤه بخلاف ما لو قسم على الاكثر من

الاجزاء

الاجزاء لا يمكن ان يعطي الاقل قال ابو اسحق المروزي ولو كان
فيهم من له سدس وربع قسمها على اثني عشر ولو كان فيهم من له
سدس وثمن قسمها على اربعة وعشرين فيقسم ابدا من اقل ما
يخرج منه السهام كلها قال الفوراني ويكتب في مسئلتنا الاول
والثاني والثالث والرابع والخامس والسادس **قال** ويكتب اسماء الشركاء
في ستة رقاع لصاحب السدس رقعة ولصاحب الثلث رقعتان
ولصاحب النصف ثلاث رقاع ويخرج على السهام وانما فعل ذلك
ولم يقتصر على ثلاث رقاع لان لصاحب النصف وصاحب الثلث
مزية بكثرة المال فكان لهما مزية في كثرة الرقاع فان في كثرتها فايدة وهي
ان يكون لهما خصوص في الاخذ من اول الارض فاذا كان سهامهما اكثر
كان اقرب الى خروج اسمهما **قال** فان خرج اسم صاحب السدس اعطي
السهم الاول ثم يقرع بين الاخرين فان خرج اسم صاحب الثلث اعطي السهم
الثاني والثالث اي وهو الذي يلي الثاني ولا نقرع لانا لو اقرعنا فربما
خرج اسم صاحب النصف بالسهم الثالث وذلك يودي الى التفريق بين ما
حصل لصاحب الثلث اولا وما حصل له ثانيا وذلك اضرار عليه وكذا
على صاحب النصف ان فعل معه مثل ذلك والقصد بالقسمة ازالة الضرر
وهذا كما قلنا فيما اذا اراد قسمة العرصة بين الدارين عرضا في
كمال الطول لا يدخل القرعة بل يعطي كل واحد ما يلي ملكه **قال** والباقي
لصاحب النصف اي بلا قرعة لانه لم يبق سواه فتعين **قال** وان
خرج اسم صاحب النصف اولا اعطي ثلاثة اسهم اي متوالية لما ذكرناه
ثم يقرع بين الاخرين على نحو ما تقدم اي فان خرج اسم صاحب السدس
اعطي السهم الرابع وكان الباقي لصاحب الثلث وان خرج اسم
صاحب الثلث اعطي السهم الرابع والخامس وتعين السادس لصاحب

السدس ولو خرج اسم صاحب الثلث اولاً اعطى الاول والثاني لم
يقرع بين الاخرين فان خرج اسم صاحب النصف اعطى الثالث والرابع
والخامس وتعين السادس لصاحب السدس وان خرج اسم صاحب
السدس اعطى الثالث والباقي لصاحب النصف على هذا المثال فيما
قل من السهام او كثر يفعل ذلك ولا تخرج السهام على الاسماء في هذا
القسم لانه ربما خرج السهم الثاني والخامس لصاحب السدس فيقطع
نصيب صاحب الثلث والنصف فيستضر به قال في المهذب ولانه ربما
خرج الرابع لصاحب النصف فيقول اخذ سهمين قبله ويقول الاخران
بل تاخذ سهمين بعده فيودي الى الاختلاف والخصومة وقد ذكر
السنجي المعنيين وهذا ما حكاه الاكثرون ومنهم القاضي الحسين والبغوي
وحكى ابو الفرج الزاز ان الشافعي نص على انه يكتب اسماء الملاك في الرقاع ثم تخرج الرقاع
على الاجزاء المعينة كما ذكرنا ونص في باب العتق على ان المريض اذا اعتق
عبيدا لا يملك غيرهم واحتجنا الى رد العتق الى الثلث انه يكتب في رقعة الرق
وفي رقعة الحرية ولم يذكر كتبة اسامي العبيد واسامي الورثة وقياس ذلك
فيما نحن فيه ان يكتب على الرقاع اعيان الاجزاء المعدلة ثم تخرج على الاسماء
وان الاصحاب اختلفوا في ذلك فمنهم من قال في المسالتين قولان بالنقل
والتخريج ومنهم من قال ليستا على قولين ولكنا نقرر النصين والفرق
ان الحرية حق الله تعالى وليست من حقوق العبيد فانهم لو اسقطوها
لم تسقط فكانت كتبة الحرية اولى وفي الحصص المقسومة ملك الشركاء
حقيقة فكتبة اسمائهم اولى وفرق الرافعي بما ذكرناه من علة المنع ثم قال
وهذا الخلاف في الجواز او الاولوية عبارة كتب شيوخنا تشعر
بوضعه في الجواز وقال الامام وتبعه الغزالي انه في الاولى باتفاق
الاصحاب وهو الاولى والمحذور الذي ابداه القائلون بعدم جواز

اخراج

اخراج الاجزاء على الاسماء مندفع اما ما ذكره في المهذب
فلانه يجوز ان يقال لا نبالي براي الشركاء بل يتبع نظر القاسم في
الجزء المبدا به واسم الشريك المبدا به وما ذكره غيره فلانه انما
يلزم اذا اخرج اولا اسم صاحب السدس وهو في غنية عنه بان
يبدا باسم صاحب النصف فان خرج الاول باسمه فله الاول والثاني
والثالث وان خرج الثاني فكذلك يعطى مع الثاني ما قبله وما بعده
وان خرج الثالث ففي شرح مختصر الجويني انه يتوقف فيه ويخرج لصاحب
الثلث فان خرج الاول فله الاول والثاني ولصاحب النصف الثالث
واللذان بعده وهذا لو خرج الثاني وان خرج الخامس فله الخامس
والسادس ثم العمل هكذا او يكمل ستوعب باقي الاحتمالات وكان يجوز
ان يقال اذا خرج لصاحب النصف الثالث فله الثالث واللذان قبله
وان خرج الرابع فله الرابع واللذان قبله ويتعين الاول لصاحب
السدس وان خرج الخامس فله الخامس واللذان قبله ويتعين السادس
لصاحب السدس وان خرج السادس فله السادس واللذان قبله واذا
اخذ زيد حقه ولم يتعين حق الاخيرين يخرج رقعة اخرى باسم احد
الاخيرين فلا يقع تفريق قال انه يمكن ان يقال يبدا باسم صاحب السدس
فان خرج باسمه الاول او الثاني دفع الاول اليه وان خرج الخامس
او السادس دفع السادس اليه ثم يخرج باسم احد الاخيرين فلا يقع
تفريق وان خرج له الثالث دفع اليه ويتعين الاول والثاني لصاحب
الثلث والثلاثة الاخيرة لصاحب النصف وان خرج له الرابع دفع
اليه ويتعين الخامس والسادس لصاحب الثلث والثلاثة الاولى
لصاحب النصف وعلى ان يبدا باسم صاحب الثلث فان خرج له
الاول او الثاني دفع اليه ذلك وان خرج الخامس والسادس

دفعا اليه ثم يخرج باسم احد الآخرين فان خرج الثالث فله الثالث
والثاني ويتعين الاول لصاحب السدس والثلاثة الاخيرة لصاحب
النصف وان خرج الرابع فله الرابع والخامس ويتعين السادس لصاحب
السدس والثلاثة الاولى لصاحب النصف والذي حكاه صاحب البحر
ان من اصحابنا من خرج من المسالة هنا الى مسالة العتق قولا وجعل
فيها قولين بالنقل والتخريج ومنهم من فرق بانه لو كتب اسما الاجزاء
ربما يودي الى تفريق ملك واحد فلا يجوز ان يكتب اسما المستحقين وفي
العتق يجوز كلاهما لانه لا يوجد هذا المعنى وكانه اراد والله اعلم
الفوراني لانه هكذا قال .ه. وقيل يقتصر على ثلاث رقاع لكل واحد رقعة
اي ويكتب فيها اسمه وتكون السهام ستة لان صاحب النصف وصاحب
الثلث انما ياخذ بالقرعة جزءا واحدا ثم ياخذ ما يليه الى تمام حقه
فلا فايدة في كتب ما زاد عليه وهذا ما اقتضى ايراد ابن الصباغ وكذا
القاضي ابي الطيب ترجيحه وحكى ابن ابي هريرة قال انه لا فايدة في كتب
ست رقاع الا سرعة خروج اسم صاحب الاكثر ولا غرض في سرعة
خروج اسمه وقال في البحر انه ظاهر المذهب كلام [illegible] وقال في الوسيط
انه الصحيح وهو في ذلك متبع لصاحب التقريب فان الامام حكى عنه انه
قال انه الصحيح ولا معنى لرعاية عرصة في طرف الدار اذ ليس هو بالطرف
اولى من صاحب السدس ولو كان اولى بالطرف لكثرة نصيبه لكان اولى بها
بعينه من غير قرعة وعلى هذا ان خرج اسم صاحب النصف اولا تعين حقه
في السهم الاول والثاني والثالث ثم يقرع بين الآخرين فان خرج اسم
صاحب الثلث تعين حقه في الرابع والخامس وتعين السادس لصاحب
السدس وباقي الاقسام تعرف مما ذكرناه ولا يجوز ان يخرج
السهام على الاجزاء في هذه القسمة ايضا على هذا القول قال

القاضي ابو الطيب

القاضي ابو الطيب وابن الصباغ لانا اذا قلنا له اخرج على
صاحب السدس ربما خرجت رقعة النصف او رقعة الثلث فلا يكون
لذلك فايدة والصحيح عند العراقيين ما حكاه الامام عنهم الاول
وهو الذي اورده الماوردي وقال البندنيجي وغيره انه المنصوص وعليه
اكثر اصحابنا وفي البحر نسبته الى ابي اسحق ثم قال وقد قيل انه المذهب
لما ذكرناه من الفايدة وكانه والله اعلم يشير الى القاضي الحسين فان هذه
عبارته في تعليقه ثم هذا الخلاف في الاولى حتى اذا وقعت القسمة على اي
وجه كان صحت او في الوجوب حتى اذا وقعت موافقة لقول احد القايلين
كانت جايزة عند مصححه غير جايزة عند مخالفه غير صحيحة قال الامام
الذي استثبته من كلام الايمة بعد التامل الاول واستشهد بكلام ابي علي
الثاني وحكى في كتاب العتق ما يويده فانه قال فيما اذا اعتق المريض
ثلاثة اعبد لا مال له غيرهم وهم متساوون في القيمة وقلنا نكتب
في الرقاع الحرية والرق ان الاصحاب قالوا الرق ضعف الحرية فيجب ان
تكون الرقاع على هذه النسبة فنكتب للحرية رقعة وللرق رقعتين لتكون
الرقاع على النسبة المطلوبة في القلة والكثرة فان ما كثر فهو حري ان
يسبق الى اليد وفي كلام الاصحاب ما يدل على استحقاق ذلك ومنهم
من يقول هذا استصواب والا فيكفي رقعة للحرية واخرى للرق .ه.
فرع اذا اقتسما ملكا ولم يكن لواحد منهما طريق يختص به اخرجا
لهما طريقين من ملكهما والعبرة في سعته عندنا بما تدعو الحاجة اليه في
الدخول والخروج على ما جرت به العادة **قال** واذا اقتسموا ثم ادعى
بعضهم على بعض غلطا اي وغبن قدره فان كان فيما اقتسموا بانفسهم
لم يقبل دعواه اي سواء كانت هذه القسمة مما يدخلها الاجبار او لا
يدخلها قسمة الرد كما صرح به البندنيجي لانه رضي باخذ حقه ناقصا

فهو كما لو اشترى شيئا بحسبه بثمن المثل فتبين انه باكثر منه وقد علل
كذا علله العراقيون وحكاه الامام عنهم ووجهه في البحر بان في
دعواه تكذيبا لنفسه فلم يسمع ومقتضى التعليل الاول ان الغرماء
لو اعترفوا بالغلط لم يفده اعترافهم شيئا وبه صرح في الوسيط عن
العراقيين وفي الحاوي الجزم بانهم اذا اعترفوا بالغلط نقضت
القسمة واستونفت على الصحة وهو مقتضى التعليل الثاني كما قلنا
مثله في مسئلة المرابحة ولهذا قال في البحر قال بعض اصحابنا بخراسان
قال لو قال المدعي في هذه الصورة ان شركاه يعلمون بالغلط يلزمهم اليمين
على نفي العلم ومقتضى التعليلين انه لو اقام بينة بالغلط لم يقبل وقد صرح
به في المهذب ووجهه بانه يجوز ان يكون قد رضي بدون حقه وقال الغزالي في
الوجيز مبنى ذلك على ان القسمة بيع او افراز فان قلنا انها بيع وجرى لفظ
تمليك فلا يسمعه الغلط وهو كالغبن فلا يوجب النقض وفيه وجه انه ينقض
وان قلنا انها افراز فيتوجه اليمين وينقض عند قيام البينة وهذا اخذه من
كلام الامام في صحة القسمة في حال علم الشركاء في الابتداء بالتفاوت في
المقسوم فانه قال فيها الذي يقتضيه كلام الاصحاب صحة هذا وفيه
غائلة والوجه ان نقول ان قلنا القسمة افراز فلا يصح القسمة الا مع
التعديل وان قلنا انها بيع فاذ ذاك يجوز ان يلزم بالتراضي مع العلم
يتضح عندي اشتراط لفظ البيع هنا فانا انما نقيم لفظ القسمة مقام
لفظ البيع اذا جرت حقيقة القسمة وحقيقتها التعادل وهذا لطيف
حسن قال وان قسمه قاسم من جهة الحاكم فالقول قول المدعى عليه مع
يمينه اي انه لا يفضل معه او لا يستحق عليه ما ادعاه ولا شيا منه لان
الظاهر صحة القسمة واداء الامانة كما ان الظاهر في حكم الحاكم جريانه
على الصحة وعلى المدعي البينة اي ان اراد اثبات الغلط كما اذا ادعى ان

الحاكم

الحاكم غلط عليه في الحكم واراد اثباته فان عليه البينة بذلك
فان لم يجد لمن من اهل المعرفة بالقسمة يشهد ان الغلط بعد المساحة
نقضت القسمة قال في البحر ان ذلك ليس باكثر من الحكم ولو قامت
البينة ان الحاكم غلط في الحكم نقض فكذلك هاهنا وقد الحق ابو الفرج
السرخسي بقيام البينة بالغلط ما اذا عرف انه يستحق الف ذراع
ومسح ما اخذه فاذا هو تسعمائة وعن صاحب ابن كج ان ابا الحسين ذكر ان
ابن ابي هريرة خرج قولا ان على الشريك البينة على ان القسمة الجارية عادلة
وان مدعي الغلط لا يحتاج الى البينة وان ابا اسحق فصل فقال ان كان
يدعي الغلط لان القاسم الذي قسم لا يحسن القسمة ولا يعرف المساحة
والحساب فالاصل ما يقوله يعني صاحب البينة **فرع** اذا انكر المدعى
عليه وطلب يمين الشركا فامتنعوا من اليمين حلف المدعي ونقضت القسمة وان
حلف بعضهم ونكل البعض حلف المدعي قال في الحاوي بطلت القسمة في حق
الناكل وامضيت في حق من حلف وحكى الامام ان صاحب التقريب قال في
هذه الحالة انا اذا قلنا يمين الرد كالبينة فقد قال بعض اصحابنا ينتقض
القسمة في حق الكل من حلف ومن نكل كما لو اقام بينة وهذا ضعيف لا اصل
له فان يمين الرد انما تكون كالبينة في حق الناكل فحسب واما من حلف فقد
رد يمين الرد عن نفسه ولو ادعى على القاسم بانه غلط في القسمة لم يرجع عليه
بالاجرة ودعواه غير مسموعة الا ان يكون له بينة فانه ليس له تحليفه
فانه كالحاكم او الشاهد وكل منهما لا يحلف نعم ينظر ان يجيء فيه ما ذكرناه
عن القاضي فيما اذا ادعى الخصم على القاضي انه حكم له بكذا في زمن ولايته
بناء على ان اليمين مع النكول كالاقرار فانه لو اقر بالغلط في القسمة كان
في الغرم كما لو قامت البينة بغلطه كما صرح به القاضي الحسين هنا
وتبعه صاحب التهذيب والباجي فيه وقال لا يقبل قوله بالنسبة الى

نقض القسمة كما لا يقبل قول القاضي اني غلطت او تعمدت الظلم
في بعض الحكم اذا انكره المحكوم له قال وان نصبا من يقسم بينهما
اي حكما فان قلنا نعتبر التراضي بعد خروج القرعة اي ورضوا بها
لم يقبل اي دعواه لانه رضي باخذ حقه ناقصا فكان كما لو تقاسما
بانفسهما قال الامام وهذا لا يجب ان يكون مقطوعا به فان
الرضا كان يعلل بعد التعديل والاستواء فاذا ظهر خلاف ذلك ظهر
الحكم بافساد القسمة فكان الرضا مقيدا بشرط الاعتدال وهذا
كتقدير البيع بشرط السلامة قال وهذا متجه اما اذا لم يرضيا
بعد خروج القرعة فالقسمة لم تتم فله الرجوع وان لم يدع الغلط
وان قلنا لا يعتبر التراضي فهو كالحاكم الموقع لذلك جبرا قال الامام
وهذا فيه نظر فان قاسم القاضي مولى او شاهد والذي ينصبه الشركاء
ليس في هذا المعنى والمسئلة محتملة قلت المسئلة مصورة كما ذكرنا فيما
اذا نصباه حكما وقلنا ان التحكيم صحيح وان حكمه يلزم بنفسه واذا كان
كذلك فهو كقاسم الحاكم نعم ما ذكره كان يتجه ان لو كان الخلاف فيما اذا
نصباه وكيلا وليس في هذه الحالة عندهم خلاف في اعتبار التراضي بعد
خروج القرعة ولهذا قال القاضي ابو الطيب انه لا يسمع الدعوى جزما
كما لو تقاسما بانفسهما واشار الى ذلك ابن الصباغ ايضا قال وان كان
قسمة رد اي وقد قسمها قاسم الحاكم وقلنا نعتبر التراضي بعد خروج
القرعة لم يقبل قوله اي دعواه وان قلنا لا نعتبر فهو كقسمة الحاكم
اي التي لا رد فيها وقد سبق بيانه فرع لو تنازعا في بيت من دار اقتسماها
فادعى كل واحد منهما انه وقع في سهمه ولا بينة تحالفا ونقضت القسمة
كما في المتبايعين هكذا قاله في المهذب والحاوي والتنازع المذكور
يفرض فيما اذا ادعى كل واحد منهما ان البيت مما دخل في حد الاخر

وان جحد

وان جحده المشتهى بدونه كما صوره في البحر وقال ان ما ذكرناه
من الحكم منصوص عليه ثم حكى ان احدهما لو قال لصاحبه حدي ينتهي
الى الموضع الفلاني وانت غصبته واضفته الى حصتك فالقول
قول من هو في يده لانه اعترف له باليد وادعى الغصب آخر اذا
تنازع الشركاء فادعى احدهم القسمة وانكرها الباقون فان لم يكن
متعلقه بقاسم من جهة الحاكم قال الامام فالقول قول النافي وان
تعلقت بقاسم القاضي فلا رجوع اليه فانه حاكم او شاهد قال وان تقاسما
ثم استحق من حصة احدهما شيء معين لم يستحق مثله من حصة الاخر بطلت
القسمة لان من اخذ ذلك من نصيبه ان يرجع في شيء من سهام شريكه
فتعود الاشاعة ويفوت مقصود القسمة ويشكل فيما قاله الشيخ
ما اذا تقاسم الورثة التركة ثم بان ان مورثهم كان اوصى بعين منها
وهي تخرج من الثلث وقد صرح به القاضي الحسين وغيره قال وان استحق
مثله من حصة الاخر بان استحق قطعة ارض في نصيب كل واحد
منهما بقدر حصته لم يبطل لان ما بقي لكل واحد منهما بعد الاستحقاق
قدر حقه فلم يؤد الى الاشاعة وهذا ما حكاه البغوي وصاحب
الكافي ايضا وقال الامام انه حسن متجه لكن في بعض الطرق ما
يدل على بطلان القسمة في البقية فان القسمة لم تنشأ على البقية
اولا وقد تغير وصفها بالاستحقاق فلا يمتنع الحكم ببطلانها وهذا
نازع الى تفريق الصفقة ولو استحق من حصة احدهما شيء ومن حصة الاخر
دونه او فوقه بطلت ايضا صرح به العراقيون والمراوزة قال وان
استحق من الجميع جزء مشاع اي مثل ان اقتسما الارض نصفين فخرج
الثلث من الارض مستحقا قال بطلت القسمة لان صاحب الجزء المستحق
كان نصيبه مشاعا في ملك كل واحد منهما يفتقر على اجازته مجتمعا

بالقسمة فلم يجز أن يجعل في ملكين لا يقدر على جمعه بالقسمة
وصار هذا كأرضين بين بلاد ثم غاب أحدهم فاقتسمها الحاضر أن على
أن حصة الغائب مشاعة في سهم كل واحد منهما كانت القسمة
باطلة في الجميع كذا حكاه الماوردي وابن الصباغ وقال القاضي أبو الطيب
إن ذلك يجوز وجها واحدا ولا فرق في ذلك بين أن نقول إن القسمة بيع أو إفراز
كما قاله الماوردي وهذه طريقة أبي إسحق وهي الصحيحة في البحر والمختارة
في المرشد وبها أجاب الروياني في الحلية وقال السبكي إنها المذهب
وقيل يبطل في المستحق وفي الباقي قولا تفريق الصفقة وهذه طريقة ابن
أبي هريرة وهي الصحيحة عند النواوي وقال الرافعي إنها الذي أخذ بها
أكثرهم ولم يحك في الوسيط والإمام عن العراقيين سواها وصحح في
الوسيط قول الصحة بناء على قاعدته في تفريق الصفقة قال وإن تقاسم
الورثة التركة ثم ظهر دين يحيط بالتركة أي إما ببينة أو بإقرارهم كما
قاله الماوردي فإن قلنا القسمة تمييز الحقين لم تبطل القسمة لأن
كل واحد منهما قد ميز ملكه عن ملك صاحبه من غير ضرر يلحق
رب الدين فلم يمنع منه قال فإن لم يقض الدين أي وصاحبه مطالب به
نقضت القسمة أي بالبيع لوفاء الدين لأن في عدم نقضها في هذه الحالة
إضرارا برب الدين وحقه أولى بالرعاية قال وإن قلنا إنها بيع ففي
بيع التركة قبل قضاء الدين قولان وجه المنع أنه تعلق بها حق
الغرماء بالموت فصار كالعين المرهونة ووجه الجواز أنهم لم
يحجروا ولا حجر بهم عقد المنع عليهم من التصرف بخلاف المرهون
وقاسه في المهذب على تصرف المريض مع تعلق حق الورثة بها وعلى
هذا يقال للبائع أنت بالخيار بين أن تقضي الدين من عين التركة
أو من غيرها فإن قضيته من غيرها استقر بيعك وإلا نقض

وقضينا

وقضينا الدين من التركة وحقيقة هذا القول أنا نصحح
البيع موقوفا وفي النهاية في كتاب العتق حكاية وجه أن
إن البيع يصح إذا كان البائع موسرا ويلزم ولا سبيل إلى نقضه
وقال إن الشيخ أبا علي قال لو كان البائع معسرا لم ينفذ بيعه
البتة وإنما محل الخلاف إذا كان موسرا قال الإمام ويتخرج
لنفوذ بيع المعسر وجه حسن إذا قلنا لا يلزم من بيع المفلس
ماله فإنا قد أجرينا في بيعه قولا على الوقف فلا مانع من خروجه
هنا وأيضا فإن في كلام الشيخ أبي علي أن الثمن مستحق للغرماء فإن
صح هذا فما وجه الفرق بين أن يكون الوارث موسرا أو معسرا
والحجة في تنفيذ بيع المعسر احتمال بين لا يتجه مثله في إعتاقه
فإنه لا عوض في الإعتاق وقد وافق الشيخ ومن تبعه على حكاية
الخلاف في هذه الصورة قولين هنا وإن كان قد حكاه في المهذب
وجهين كما فعل الإمام في كتاب العتق وهو القاضي أبو الطيب والما وردي
والسبكي وقال الرافعي تأسيس ذلك أن كل حق إذا تعلق بعين مال له
نظرت فإن كان قد تعلق باختياره كالرهن فالبيع باطل قولا واحدا
وإن كان بغير اختياره كأرش الجناية ووجوب الزكاة فيه ومثل
مسألة الميت إذا كان عليه دين فالكل على قولين وقضية هذا
أمران أحدهما أن القولين في بيع التركة كالقولين في بيع
العبد الجاني خطأ وقد صرح بذلك الإمام عن شيخه في فروع
ابن الحداد في كتاب العتق وحكاه الغزالي في كتاب الرهن طريقة
مع طريقة أخرى أن تعلق الدين بالتركة كتعلق الرهن نظرا
للميت ومبادرة إلى تبرئة ذمته وحكيت أنا الطريقين
والصحيح منهما في أول كتاب الفرائض الثاني أن القولين

أ ن

قال في

مفرعان على القول الصحيح وهو ان الدين لا يمنع الارث اما اذا
قلنا انه يمنعه فلا يصح قولا واحدا ولذلك صرح به الامام هنا وفي كتاب
العتق ان تنزيل التركة منزلة العبد الجاني يقتضي تشبيها بين المرهون
والتركة من الفرق فان حق المجني عليه طرا على ملك تام للسيد ثم
دام الملك له والوارث يتلقى الملك بالجملة فهو مشروط بتقديم
حق المستحق قال في هذا الباب وللقولين في البقاء عندي على اصل
وهو ان المفلس لو تصرف في الاموال التي اطرد الحجر عليها فيقطع في
بطلان تصرفه ام نتوقف قائلين ان سقطت الديون نفذ التصرف
وان بقيت ومست الحاجة الى تاديتها من الاعيان ردت منها فالوارث
كالمحجور عليه المفلس والمال كمال المحجور وقد اشار الى هذا المأخذ
الفوراني ايضا وقضيته ان يكون الصحيح البطلان كما صرح به النووي
وغيره في كتاب الرهن لان الصحيح بطلان تصرفات المفلس ثم قال الامام
وما ذكره العراقيون من تصحيح القسمة على قول الافراز قولا واحدا
ليسوا مساعدين عليه فان الافراز تصرف في متعلق الدين فيظهر
افساده كالبيع وقد اشار كاتب تعليق القاضي ابي الطيب الى ان الجزم
بصحة القسمة على القول بانها افراز طريقة القاضي فانه قال قيل
للقاضي اذا قلنا ان القسمة افراز حق فهل يكون على القولين ام لا فقال
يحتمل ان يكون على قول واحد انه يصح وهذا ما اورده البندنيجي والماوردي
وابن الصباغ **قال** وفي قسمتها قولان اي مع العلم بالدين بناء على القولين
السابقين فان قلنا ببطلان البيع لم تصح القسمة والا صحت وهو ما
اختاره في المرشد وقد افهم كلام الشيخ ان هذين القولين يبنى نقض
القسمة في مسالة الكتاب وهو ظهور الدين بعد القسمة فان قلنا
ان القسمة لا تصح مع العلم بالدين فاذا بان بعدها تبين بطلانها وان

على

قلنا

وان قلنا يصح مع العلم بالدين فاذا بان بعدها لم ينقض وقد
صرح القاضي الحسين والفوراني بحكاية القولين في نقض القسمة
بعد ظهور الدين وكذلك المحاملي وقال انه لا فرق فيما ذكرناه بين وقوع
القسمة والبيع مع العلم بالدين او مع جهله وقال الفوراني انهما
مبنيان من القولين في اقرار المحجور عليه بمال قد لزمه قبل الحجر قال
ووجه القرب والشبه ان نقض هذه القسمة انما هو بسبب متقدم
وقال القاضي الحسين انهما يبنيان على ان الدين هل يمنع الارث ام لا
فان قلنا يمنع نقضت والا لم ينقض وقضيته ما حكيناه عن الامام
واشار اليه ايضا انا اذا قلنا ان الدين يمنع الارث ينقض قولا واحدا
وان محل القولين اذا قلنا انه لا يمنع الارث وهو قضية كلام القاضي
في اخر الفصل حيث قال ان اصل القولين تصرفات المفلس بالعتق والبيع
والهبة هل هي باطلة ام موقوفة حتى اذا فك عنه الحجر تبينا انها
كانت نافذة وفيها قولان لان القسمة تصرف مع تعلق حق الغير بالمتصرف
فيه كتصرفات المفلس انتهى فانه لا يحسن ان يلحق تصرف الورثة بتصرف
المفلس الا اذا قلنا انهم ملكوا وقضيته البناء الذي ذكره القاضي
ان يكون الصحيح عدم النقض لان الصحيح ان الدين لا يمنع الارث
وحكم ظهور الوصية بما به درهم من التركة غير معينة حكم
ظهور الدين الثابت على الميت فيما ذكرناه صرح به القاضي ابو
والبندنيجي والماوردي وغيرهم وقال في البحر وهكذا حكم حدوث دين
على الميت بعد موته وبعد القسمة واراد بذلك ما اذا كان قد باع
شيئا واكل ثمنه فرد بالعيب بعد الموت ولزم رد بدل الثمن او
تردى متردٍ في بئر كان قد احتفرها عدوانا لكن قد حكى الغزالي
في هذه الصورة في كتاب الرهن وجهين بناء على قولنا في

هنا

الطيب

بالحس

الدين المفارق انا نتبين بطلان التصرف احدهما انا نتبين
بطلان التصرف في هذه الصوره ايضا لتقدم السبب والثاني وهو
الظاهر في الرافعي انا لا نتبين لانه كان مسوغا لهم ظاهرا اما
اذا كان الدين لا يحيط بالتركة فهل ينفذ الحكم كما لو كان محيطا
بها فيه وجهان حكاهما الغزالي في كتاب الرهن اظهرهما كما قال
الرافعي نعم كما هو قياس الديون والرهون ولم يحك في الحاوي في
كتاب الشركة سواه حيث جزم القول بانهم لا يتصرفون في شي منها
وان كان في باقيها وفا بالديون والثاني لا وينفذ تصرف الوارث الى ان
لا يبقى الا قدر الدين فيكون الحجر فيه كما هو في حال الاحاطه ووجهه
ان الحجر في المال الكثير بشي حقير بعيد مع العلم بانه لا يخلو تركة عن
دين **فروع** تتعلق بما نحن فيه د. اذا اعتق الورثه بالقرعه واحدا من
العبيد الثلاثه وظهر دين قال القاضي الحسين ففيه قولان احدهما
[illegible] واحد من الثلاثه للبيع في الدين [illegible] بين
الباقيين [illegible] عتق [illegible] ثلثاه ورق ثلثه قال وفيه اشكال
والقول الثاني لا [illegible] بل يباع واحد من الرقيقين في الدين [illegible] بين
الباقي ومن [illegible] بحريته [illegible] عتق منه ثلثاه د
الثاني اذا اعتق الوارث العبيد قبل قضا الدين قال الامام في كتاب
العتق ان قلنا لا ملك له لم ينفذ وعلى هذا الاحتجه لنا ان يقول التركه
ملك لا مالك له بل هي موقوفه على ملك الميت ولا مطمع في اضافه الملك
فيها الى مستحقي الدين وان قلنا ان الملك له قال الشيخ يعني ابا علي فان كان
معسرا لا يمكنه ان يودي الدين من ماله فلا ينفذ عتقه [illegible] واحدا وكان
[illegible] يخرج عتقه على عتق المرهون والاوجه ما ذكره الشيخ فان
حق الوثيقه [illegible] على ملك تام للراهن ثم دام الملك له والوارث يتلقى

الملك بالخلافه

الملك بالخلافه وهي مشروطه بتقدم حق الميت وان كان موسرا
ففي نفوذ عتقه قولان احدهما ينفذ ويلزم والثاني انه موقوف
فان وصل الدين الى مستحقه بان ان العتق نفذ مع لفظ الاعتاق
والا فالرق باق ثم من كلام الشيخ انا اذا انفذنا العتق نقلنا
الدين لا غاما بل نقلنا الى ذمه الوارث و[illegible] الامر هل الدين
لا يتحول الى ذمه الوارث فقط بل هو مربوط بالاعتاق [illegible] العبد فلا
يلزمه الا اقل الامرين من الدين وقيمه العبد د الثالث اذا انفذنا بيع
الوارث وقلنا يلزمه [illegible] البيع اذا اسلم المشتري الثمن الى الوارث
وتلف في يده فللغرما ان يطالبوا المشتري بالثمن فانه كان من جهته
ان يسلمه اليهم فاذا لم يفعل توجهت المطالبه عليه قال الامام في
كتاب العتق وفي كلامه ما يدل على انهم يطالبون الوارث بالثمن فان
تعذر رجعوا على المشتري والوجه القطع بانهم لا يطالبون المشتري
فاما اذا [illegible] بيع الوارث فيتبعه [illegible] اعتاقه واذا اعتق ولا عوض
ولا [illegible] له اذا انفذنا [illegible] وهذا انصف الوجه الذي عليه التفريع
قال وان كان يسقيهم نهر او قناة او عين ينبع منها الما فالما اي
الحاكم في ذلك يسقيهم على قدر ما شرطوا من التساوي او التفاضل
[illegible] ذلك لان شركاء جماعه في حفر نهر او قناة الى جانب النهر الكبير
المباح كالفرات والدجله ونحوهما [illegible] الما الى ذلك او حفروا
عين ليستقوا [illegible] الما فاذا فعلوا ذلك فقد ملكوا ما حفروه اذا
هيوه لما ارادوا كما تقدم في بابه ويكون ملكهم على قدر ما شرطوا
في ابتدا الحفر واخرجوه من النفقه لانه انما ملك بالعماره والعماره
بالنفقه فكان الملك موزعا عليها فان اتفقوا على التسوية ملكوه
على السواء وان انفق واحد نصف النفقه واثنان نصفها بالسويه

كان للاول النصف ولكل واحد من الاخرين الربع وهكذا اذا تقرر
ذلك وحصل الماء في المحصور كان بينهم على قدر املاكهم لان المقصود
بالحفر تملكه بعد الوصول اليه كالوحل وامعدنا باطنا فوصلوا
الى نيله فانه يكون بينهم على حسب ما انفقوه وقيل ان الماء لا
يملك لانه لو ملك لم يبح لمستاجر الدار التي فيها بير شرب مائها
لان الاعيان لا تستباح بالاجارة ولما جاز بيع دار فيها بير بدار
فيها بير لان الربا يجري في الماء لكونه مطعوما ولما جاز ذلك دل على
انه غير مملوك فعلى هذا يكونوا احق بالماء الجاري في النهر والقناة
والنابع في العين من غيرهم لكن لو تعدى شخص واخذه فقد ملكه وليس
عليه رده قال القاضي ابو الطيب كما لو توحل في ارض الغير صيد
فليس لغيره اخذه وان تخطى واخذه ملكه ومن اراد تحصيل شي من ذلك
فالحيلة فيه ان يشتري سهما من بعض النهر او القناة او البير **قال** والمذهب
الاول لما ذكرناه ولجريان العادة بالتصرف فيه التصرف المودع في
الاملاك من غير انكار قال القاضي ابو الطيب وهذا القول نص عليه في
القديم والجواب عن قولهم انه لو كان مملوكا لم يبح بالاجارة لكونه عينا
ان الاعيان قد تستباح بالاجارة للحاجة كاللبن في الاستيجار
على الرضاع مع انه لا ضرر على الاخر في استيفا الماء لانه يستخلف في الحال
وما لا ضرر على المالك في استيفايه ليس له منعه كالاستظلال بالحائط
وعن دليلهم الثاني انا نمنع كون الماء ربويا وان سلمناه فنمنع فيه
السعر في الصور التي ذكرها كما حكيناه في بابه **فرع** لو تنازعوا في
قدر الملك في النهر والقناة فعن التتمة حكاية وجهين فيه احدهما انه يقسم على
قدر الاراضي لان المقصود من النهر سقي الاراضي والظاهر ان حقوقهم
على قدر املاكهم وهذه طريقة الاصطخري والثاني تقسم بالسوية لان

الحفاره باليد لا بالملك والنهر في ايديهم **تنبيه** ظاهر كلام
الشيخ يقتضي ان الخلاف في ملك الماء وعدم ملكه جار في الصور
الثلاث وقد قال القاضي ابو الطيب ان الماء المختلف في كونه مملوكا
هو كل ما ينبع في ملكه من بير او عين واما الماء الجاري في
النهر المملوك فلا يملك كما اذا جرى الفيض الى ملك رجل واجتمع
فيه لم يملكه ولكن يكون اهل النهر اولى به لان يدهم عليه وليس
لاحد ان يزاحمهم فيه لان النهر ملك لهم وعلى هذا جرى ابن الصباغ
والمتولي والبغوي وكلام الامام موافق لكلام الشيخ فانه قال ان الماء
الذي يجري في النهر المملوك كالقنوات مملوك على الراي الظاهر
لمالك القناة وكل من تصرف فيه بما ينقصه ويظهر نقصه فهو
ممنوع منه وما لا يظهر له اثر كالشرب او السقي دواب معدودة
وكاخذ قرب معدودة فذهب ذاهبون انه لا يسوغ المنع من هذا القدر
قال الامام وهذا بعينه هو الذي نقلته عن شيخي وانكره وكانه
انتفاع بما هو مملوك وذهب القاضي وطبقته المحققون الى اجرا
القياس والمصير الى ان للملاك ان يمنعوا من هذا وما درج عليه الاولون
من التسامح فيه محمول على ان الناس لا يتطنون بهذا القدر فصارت
قرائن الاحوال بمثابة التصريح بالاجابة **قال** فان ارادوا سقي اراضيهم
من ذلك الماء بالمهاياة جاز اي يجعل لكل منهم شرب يوم معلوم
كالمهاياة في المنافع وتخالف المهاياة في لبن الشاة والبقرة كما
ذكرنا لان ذلك مجهول وهذا ما جزم به في المهذب وعن القاضي
الحسين ان المهاياة لا تصح في الماء ايضا لان النوب تختلف من
وجهين احدهما ان الماء يزيد وينقص والاخر انها تتفاوت في حاجات
الدهقنة فليس ما يقع في النوبة الاولى كما يقع في النوبة الاخيرة

ثم على الاول اذا اصحب فهل يلزم حتى الامام فيها وجهان وعند
الاختصار يجتمع في المسئلة ثلاثة اوجه **قال** وان ارادوا القسمة
جاز لان يحصل من ذلك يصلون الى حقوقهم فينصب قبل ان يبلغ
الى اراضيهم خشبة مستوية وتفتح فيها كوى على قدر حقوقهم
ويجري فيها الماء الى اراضيهم لان ذلك هو العدل واذا كان فيهم
من له العشر ولاخر الخمس ولاخر الباقي جعل فيها عشر طاقات
على السواء وجعل لصاحب العشر واحدة ولصاحب الخمس طاقتين
والباقي للاخر وهكذا وهذا اذا كان في الماء ضيق اما اذا كان فيه
اتساع بحيث يحصل لكل منهم فوق حاجته فلا حاجة الى ذلك .
تنبيه قول الشيخ ويفتح فيها كوى هو بكسر الكاف وضمها مع التنوين
فيهما واحدها كوة بفتح الكاف والمد وقد سبق ايضاح الكلمة في
باب الصلح **قال** فان اراد احدهم ان ياخذ قدر حقه قبل ان يبلغ الى
المقسم ويجريه في ساقية له اي مجراه الى ارضه او يدير به رحا اي
بالساقية المذكورة لم يكن له ذلك لان حريم النهر مشترك بينهم فلا يجوز
لواحد منهم ان ينفرد بالتصرف فيه بالسقي واجراء الماء نعم لو اراد
ان يدير بما فضل له من الماء المختص به رحا في ملكه لم يمنع منه صرح
به في المهذب **تنبيه** المقسم مفتوح الميم مكسور السين كالمجلس
وهذا شان ظروف الزمان والمكان التي ثالث مضارعها مكسور او
اوله واو او ياء فهي بالكسر كالمجلس والمصرف والموعد والموقف
قال وان اراد ان ياخذ قدر حقه من الماء ويسقي به ارضا ليس لها
رسم شرب من هذا النهر لم يكن له لانه يجعل لنفسه شربا لم
يكن فيمنع منه كما لو كانت له دار في درب غير نافذ فاشترى
دارا في درب اخر ظهرها اليها فاراد ان ينفذها الى الدار الاخرى

لم

لم يكن له لانه يجعل لنفسه استطراقا لم يكن الى احد الدارين من
الاخرى هكذا قاله الشيخ ابو حامد وقال ابن الصباغ وهذا وجه جيد
غير ان الذي شبهه به قد اختلف اصحابنا فيه فمنهم من جوزه لكن
يمكن على هذا ان يفرق بينهما وبين الارض بان الدار لا يستطرق منها
الى الدرب وانما يستطرق منها الى الاخرى ومن الاخرى الى الدرب
وهنا يحمل الماء في الساقية اليها فيصير لها رسم في الشرب وفي
التتمة حكاية وجه انه يجوز له ان يسقي بهذا الماء بعد القسمة ارضا
اخرى وقال انه شبيه بالوجه المجوز لفتح باب بين الدارين وقد
تقدم الفرق بينهما انتهى وقال ابن الصباغ لو اراد ان يفعل مثل هذا في
النهر الذي ليس بمملوك فينبغي ان يجوز **تنبيه** الشرب بكسر الشين
النصيب من الماء وهو المراد هنا واما مصدر شرب يشرب فبضم
الشين وفتحها وكسرها ثلاث لغات **قال** وان كان ماء مباحا في
نهر غير مملوك اي وهو صغير قال الماوردي وقد يسمى ساقية
سقى الاول ارضه حتى يبلغ الى الكعب ثم يرسله الى الثاني اي وهكذا
يسقي الثاني ارضه حتى يبلغ الى الكعب ثم يرسل الى الثالث ويقدم
الاقرب الى اول النهر فالاقرب والاصل في اعتبار ذلك حديثان
احدهما ما روي ان رجلا خاصم الزبير في شراج الحرة الذي يسقون
بها فقال الانصاري سرح الماء يمر فابى عليه الزبير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
اسق يا زبير ثم ارسل الماء الى جارك فغضب الانصاري وقال يا رسول الله
ان كان ابن عمتك فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال اسق يا زبير
ثم احبس الماء حتى يبلغ الى الجدر والثاني ما روى ابو داود ان رجلا من
قريش كان له سهم في بني قريظة فخاصم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في
مهزور السيل الذي يقتسمون ماءه فقضى بينهم رسول الله صلى الله عليه وسلم

ان الماء الى الكعبين لم يحبسه الاعلى عن الاسفل بل يرسله اليه
فالحديث الاول دل على اعتبار الاقرب فالاقرب واذا استكفى
يرسله الى جاره والثاني دل على قدر ذلك وعلى اعتبار الكعبين وقد
يستدل للمجموع بما روى عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى
في شرب النخل من السيل ان الاعلى ان يشرب قبل الاسفل ويجعل الماء
فيه الى الكعبين ثم يرسل الماء الى الاسفل الذي يليه وهكذا حتى ينقضي
الارضون وقد تقدم شرح الفاظ الحديث الاول وذكر روايته في كتاب
الاقضية وتكلم الاصحاب هنا في تاويل قصة الزبير فقال القاضي حسين فيما حكاه
ابن الصباغ انما امر الزبير بان يستوفي اكثر من حقه عقوبة للانصاري
حيث لم يرض بقضائه وقال ابو جعفر الترمذي كان النبي صلى الله عليه وسلم قد
استنزل الزبير عن بعض حقه حين اذن له ان يسقي ولا يحبس الماء فلما لم
يقبل الانصاري ذلك امره ان يستوفي حقه وهذا ما اورده ابو الطيب
وهو الاشبه بما قيل مع الحديث الاخر انه علق الحق بان يبلغ الى الماء
الكعبين وهذا مخالف لذلك قال القاضي ابو الطيب قلنا ليس فيهما
خلاف لان الماء اذا بلغ الى الكعبين وكانت الارض مستوية رجع الماء الى
الجدر وما ذكره الشيخ هو المشهور وفي التتمة ان المرجع في قدر السقي
الى العرف والعادة بما ان كان الذي يملكه في اول النهر بستان والاشجار
مغروسة على جداول فيحبس الماء حتى تمتلي الجداول ويصل الى اصول الاشجار
وان كانت الارض قطعا فيحبس الماء حتى يصل الى الكعبين قال وان
احتاج الاول الى سقي ارضه دفعة اخرى قبل ان يرسل الى الثالث
سقى ثم يرسل الى الثالث لانه لا حق للثالث الا فيما فضل عن حاجة
الاول والثاني ولهذا قال الاصحاب فيما حكاه ابو الطيب لو كان
زرع الاسفل يهلك قبل ان ينتهي الماء اليه لم يجب على من فوقه ان

ارساله اليه ولو كان ماء هذا النهر يفضل عن حاجة اهله
فليس لبعضهم ان يسوقه الى ارض له اخرى وان يجعل مغيض
ارض له اخرى الى هذا النهر قال في الحاوي لانه ليس بمملوك للواحد
منهم فصار كالطريق النافذ الذي يجوز استطراقه لكل احد ان
يفتح فيه بابا ويجوز ان يجعل على عرض النهر عبارة للماء اذا لم
يضر باحد من اهله كالساباط على الطريق النافذ بخلاف النهر
المملوك فانه لا يجوز ذلك لان فيه وضع شي على ملك الشريك بغير
اذنه وهو جانبا النهر قال وان كان لرجل ارض عالية وتحتها
ارض مستفلة ولا يبلغ الماء في العالية الى الكعب حتى يبلغ في
المستفلة الى الوسط سقى المستفلة حتى يبلغ الماء الى الكعب ثم
يسدها ويسقي العالية لان هذا الحصول مقصود من غير اضرار بغيره
فاتبع قال وان اراد بعضهم ان يحيي ارضا ويسقيها من هذا النهر
اي الصغير الذي ليس بمملوك لاحد وللجماعة شرب معلوم منه
فان كان لا يضر باهل الاراضي اي التي لها شرب معلوم منه بان
يكون في اسفل النهر لم يمنع لانه ينتفع به من غير اضرار بغيره
فاشبه النهر الكبير كالفرات والدجلة والنيل وسيحون وجيحون فان
لكل احد ان ينتفع بمائه لنفسه ولبهائمه وليس لاحد منعه فانه لا ضرر على
احد فيه لاتساعه قال وان كان يضر بهم اي بان كانت الارض في
اعلاه فاذا سقيت قبل الماء على اهل الاراضي فيستضرون به
منع لان من ملك ارضا ملكها بمرافقها والشرب من النهر من
مرافقها فلا يجوز مضايقته ملاكها فيه وهكذا الحكم في مياه
الاعين المباحة فرع لو كان النهر الصغير غير موقوف الاصل
هل هو مباح او مملوك قال في الحاوي فقد اختلف اصحابنا

هذا

هل يجري عليه حكم الاباحة او حكم الملك على وجهين احدهما انه
في حكم المباح وهو قول من جعل اصل الاشياء على الاباحة والثاني
انه مملوك وهو قول من جعل اصل الاشياء على الحظر ولم يحك
المتولي سوى الاول ومن له ارض على الحافة فله عليه يد وفرع على
هذا فرعين احدهما انه اذا كان بالقرب من النهر ارض لم يكن يسقيها
من النهر اما على الحافة او متصلة بارض على الحافة فان راينا ساقية
مادة من النهر اليها حكم بان لها شربا من النهر لان الظاهر يدل
عليه وان لم يكن هناك ساقية فان كان لها شرب من نهر اخر لم يجعل
لها شربا من النهر عند التنازع وان لم يكن لها شرب اخر كان
صاحبها شريكا لاهل النهر لان الارض المعدة للزراعة لا تستغني
عن شرب وليس للارض شرب اخر فالظاهر الحال على ان شربها
من النهر الثاني اذا كان النهر يصب في اجمة مملوكة وجرى الى النهر
اراضي مملوكة فوقع التنازع بين ارباب الاراضي وصاحب الاجمة
في الماء فهو مقسوم بين الجميع لانا جعلنا النهر مملوكا لاهله فلم
يختص البعض بالماء وقد تم شرح ما في الباب ولنختمه بفروع
تتعلق به د اذا ملك ارضا واراد زراعتها ولا يمكن ذلك الا بان
يسوق الماء في ارض جاره فان اراد ان يحفر نهرا على وجه الارض لم
يجب على الجار تمكينه من ذلك وان اراد ان يحفر تحت الارض طريقا للماء
الى ارضه من غير ان يتعطل على مالك الارض الانتفاع بظاهر
الارض فهل يلزمه تمكينه فيه وجهان في التتمة في باب احياء الموات
والصحيح انه لا يلزمه د اذا كان لصاحب الارض نهر ممدود
في الارض الى طرف ملك جاره وليس لجاره نهر يجري الماء فيه الى
ارضه فاراد اجراء الماء في نهر جاره الى ارضه فان كان صاحب النهر

يحتاج

يحتاج الى اجراء الماء فيه لم يلزمه اجابته وان لم يكن محتاجا
الى سوق الماء فيه فهل يلزمه اجابته فيه الوجهان ووجه
الوجوب القياس على مسئلة الجذوع والمذهب انه لا يلزمه
كما لو كان له دار يحتاج الى سكناها د اذا ادخل السيل او
الغراب ونحوهما وحمل املاك الناس واجتمع فيها قال القاضي
ابو الطيب وابن الصباغ والبغوي لم يملكوه لانه لو نزل مطر
واجتمع في ملكه او ثلج او فرخ طاير في بستانه او توحل
ظبي في ارضه لم يملكه وكان لمن حازه فكذلك الماء وعلى هذا
اذا دخل ملك احد واخذ منه شيئا في اباحته ملكه على اصح الوجهين
في التهذيب وفيه وجه اخر ان لصاحب الملك ان يسترده كما
قالوا في فرخ الطاير والله سبحانه اعلم اخر الجزء الثامن من شرح
د. العلمه ويتلوه في التاسع باب الدعاوى والبينات
الحمد لله وحده وصلى الله على محمد خير خلقه وعلى اله وصحبه وسلم تسليما كثيرا